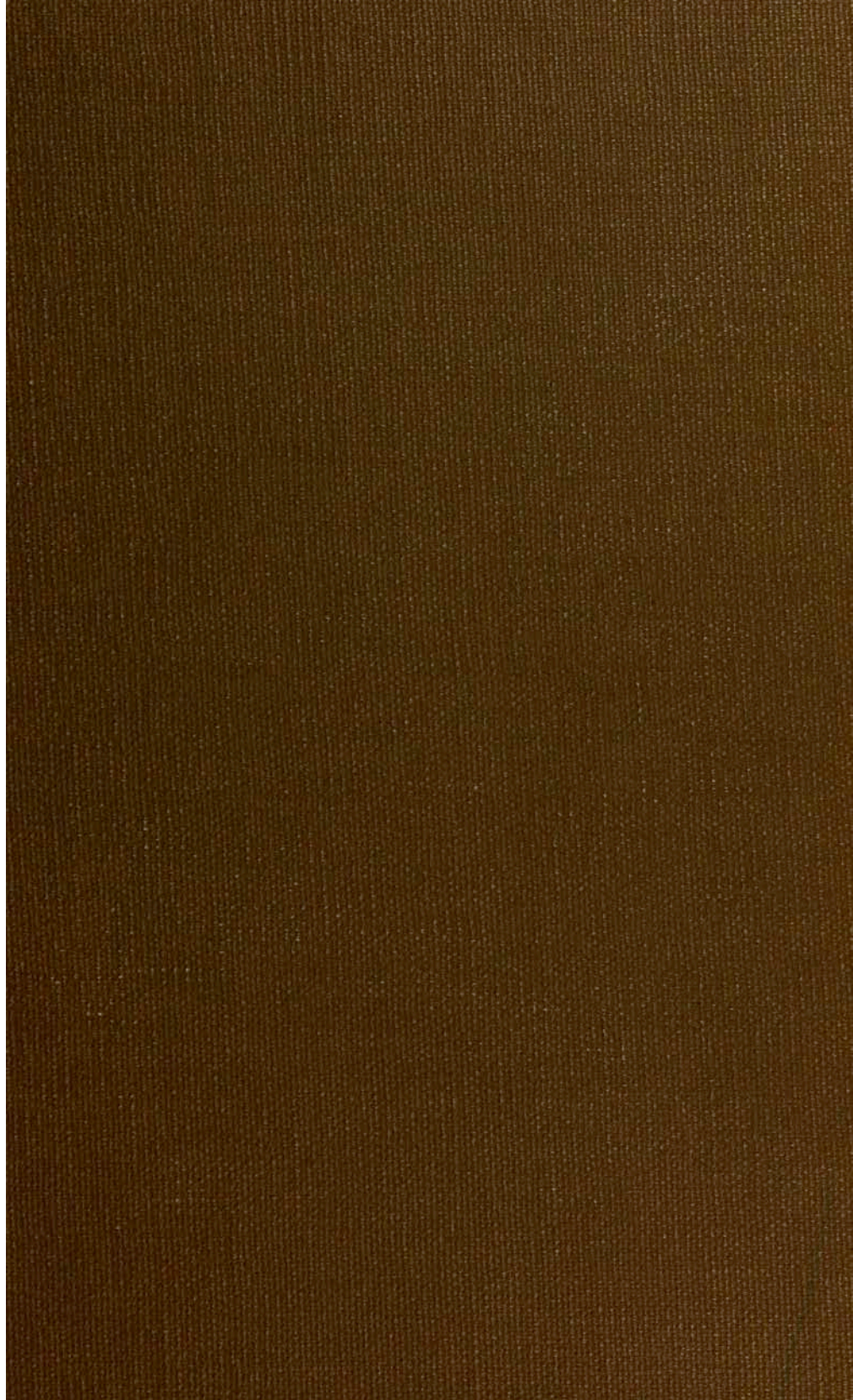




This is a reproduction of a book from the McGill University Library collection.

Title: La bibliothèque du Code civil de la province de
Quebec (ci-devant Bas-Canada) : ou
recueil comprenant entre autres matières
Volume: 1
Publisher, year: Montréal : Cadieux & Dérome, 1871-90

The pages were digitized as they were. The original book may have contained pages with poor print. Marks, notations, and other marginalia present in the original volume may also appear. For wider or heavier books, a slight curvature to the text on the inside of pages may be noticeable.

ISBN of reproduction: 978-1-77096-009-1

This reproduction is intended for personal use only, and may not be reproduced, re-published, or re-distributed commercially. For further information on permission regarding the use of this reproduction contact McGill University Library.

McGill University Library
www.mcgill.ca/library

LA BIBLIOTHÈQUE
DU
CODE CIVIL
DE LA
PROVINCE DE QUÉBEC

(CI-DEVANT BAS-CANADA)

OU RECUEIL

COMPRENANT ENTRE AUTRE MATIÈRES :

1. Le Texte du Code en Français et en Anglais.
2. Les rapports officiels de MM. les Commissaires chargés de la codification.
3. La citation au long des autorités auxquelles réfèrent ces Messieurs, à l'appui des diverses parties du Code, ainsi que d'un grand nombre d'autres autorités.
4. Des tables de concordance entre le Code Civil du Bas-Canada et ceux de la France et de la Louisiane.

revisé
PAR *10/11*

h CHS. C. de LORIMIER ET CHS. A. VILBON,

AVOCATS.

MONTREAL :

DES PRESSES A VAPEUR DE LA MINERVE, 16, RUE ST. VINCENT.

1871.

DÉDICACE

AUX HONORABLES JUGES :

ED. CARON, J. C. B. R.

CHS. D. DAY, J. C. S.

J. U. BAUDRY, J. C. S.

Ex-Commissaires chargés de la Codification des lois du
Bas-Canada. (Province de Québec.)

Honorables Messieurs,

C'est, pour nous, un honneur très grand de pouvoir publier, sous Votre patronage distingué, "La Bibliothèque du Code Civil," œuvre dont le mérite Vous revient, en majeure partie ; car, c'est Vous, qui nous en avez tracé le plan.—A qui devons-nous offrir les prémices de nos travaux sur le Code Civil ? si ce n'est à Vous, Honorables Messieurs, à qui notre Pays devra un éternel hommage de gratitude pour l'avoir doté, à l'instar des grandes nations, d'un Recueil de lois fixes, dont le mérite demeurera incontestable.

De Vos Honneurs,

Les très humbles et très respectueux serviteurs,

CHS. C. DE LORIMIER,

CHS. ALB. VILBON.

EXTRAITS DES
REPONSES DES CODIFICATEURS

A LA DEMANDE, A EUX FAITE, D'ACCEPTER LA DÉDICACE DE LA
"BIBLIOTHÈQUE DU CODE CIVIL."

Québec, 2 Février 1871.

Messieurs de Lorimier et Vilbon,
Avocats,
Montréal.

Messieurs,

Je reçois à l'instant votre lettre du 31 Janvier, dans laquelle vous m'informez que, il y a environ deux semaines, vous m'avez adressé ainsi qu'aux Juges Day et Baudry, mes collègues codificateurs, une demande de vouloir, conjointement avec eux, accepter la dédicace de l'ouvrage, sur le Code Civil, que vous avez entrepris, et dont vous me transmettez l'introduction ; vous ajoutez que mes collègues ont acquiescé à votre demande, tout en vous faisant les souhaits les plus flatteurs.....

Je n'ai pas besoin de vous dire que j'accepte avec grand plaisir l'honneur que vous vous proposez de me faire, que je vous en remercie, et vous souhaite, dans votre entreprise, tout le succès que vous méritez auquel je serai heureux de pouvoir contribuer si l'occasion s'en présente.

Acceptez Messieurs l'assurance de la parfaite estime et de la considération de votre tout dévoué serviteur.

ED. CARON.

Glenbrook, 23rd January 1871.

Gentlemen,

.....The comprehensive works on which you have entered, is of a nature to be eminently useful, and I am glad to find that studious professional men are turning their attention to the development of the principles announced in the Code, and on the investigation of the authorities on which it is founded. You have my best wishes for success in your undertaking, and I shall have much pleasure in accepting conjointly with my late colleagues the compliment which you courteously offer.

I remain,
Gentlemen,
Your very faithfully,

CHS. D. DAY.

To

Chs. C. de Lorimier and
Chs. Albert Vilbon, Esquires.

Montréal, 24 Janvier 1871.

Messieurs C. C. de Lorimier
et C. A. Vilbon.

Messieurs,

Vous voulez bien dédier aux Commissaires qui ont été chargés de la rédaction des deux Codes du Bas-Canada, et dont, j'ai eu l'honneur de faire partie, un ouvrage, sous presse sous le titre de *Bibliothèque du Code Civil du Bas-Canada*.

Je ne puis, pour ma part, que vous remercier de cette attention. Le travail que vous avez ainsi entrepris est un travail long et qui demandera de vous le sacrifice de veilles prolongées et multipliées. L'idée que vous avez eue de réunir ainsi toutes les autorités sur lesquelles sont appuyées les articles du Code est une excellente idée, qui ne peut manquer d'être utile aux membres du Barreau et aux aspirants à la

profession. Ce sera véritablement une bibliothèque portative dont vous allez les gratifier. Je n'ai pas de doute que votre dévouement au travail et à l'étude ne rende cet ouvrage ce qu'on peut espérer et je souhaite que cette entreprise vous soit aussi profitable sous le rapport pécuniaire, qu'elle est méritoire.

Agréez, Messieurs, mes sincères remerciements et mes félicitations et croyez-moi

Votre très obéissant serviteur,

J. U. BAUDRY.

NOTES.

Les articles du code qui sont entre crochets [], indiquent qu'ils sont de droit nouveau.

Le signe * qui précède une autorité, indique que cette autorité est citée par les codificateurs, dans leur rapport au Gouvernement.

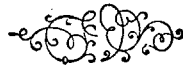
SOMMAIRE DES LIVRAISONS

DU

TOME PREMIER.

Introduction.....	M. Chs. C. de Lorimier
Rapport de MM. les Commissaires sur le titre préliminaire.....	“ “
Titre préliminaire, cédula,.....	{ M. Chs. C. de Lorimier et M. Chs. A. Vilbon.
Rapport de MM. les Commissaires sur le titre premier.....	M. Chs. C. de Lorimier.
Titre premier.—De la jouissance et de la privation des droits civils.....	“ “
Rapport de MM. les Commissaires sur le titre deuxième,.....	“ “
Titre deuxième.—Des actes de l'état civil.....	M. Chs. A. Vilbon.
Rapport de MM. les Commissaires sur le titre troisième.....	M. Chs. C. de Lorimier.
Titre troisième.—Du domicile.....	M. Chs. A. Vilbon.
Rapport de MM. les Commissaires sur le titre quatrième.....	M. Chs. C. de Lorimier.
Titre quatrième.—Des absents.....	“ “
Rapport de MM. les Commissaires sur le titre cinquième.....	“ “
Titre cinquième.—Du mariage.....	M. Chs. A. Vilbon.
Rapport de MM. les Commissaires sur le titre sixième.....	M. Chs. C. de Lorimier.
Titre sixième.—De la séparation de corps.....	“ “

Rapport de MM. les Commissaires sur le titre septième.....	M. Chs. C. de Lorimier
Titre septième.—De la filiation.....	“ “
Rapport de MM. les Commissaires sur le titre huitième.....	“ “
Titre huitième.—De la puissance pa- ternelle.....	“ “
Rapport de MM. les Commissaires sur le titre neuvième.....	“ “
Titre neuvième.—De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation:....	“ “
Rapport de MM. les Commissaires sur le titre dixième.....	“ “
Titre dixième.—De la majorité, de l'interdiction, de la curatelle et du conseil judiciaire.....	M. Chs. A. Vilbon.
Rapport de MM. les Commissaires sur le titre onzième.....	M. Chs. C. de Lorimier.
Titre onzième.—Des Corporations.....	“ “
Table alphabétique et analytique....	} MM. Chs. C. de Lorimier et Chs. A. Vilbon.
Table des noms d'auteurs et des éditions cités.....	



INTRODUCTION.

Regula est, quæ rem, quæ est, breviter enarrat. Non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est, regula fiat. *Paulus*, ff. 50.17.1—

* * *

En dotant notre pays d'un Code Civil, calqué sur celui de la France, nos hommes publics ont su répondre aux besoins de notre population et combler une grande lacune dans notre système judiciaire.

Depuis longtemps nous désirions voir les liens qui unissent les membres de la grande famille canadienne-française, resserés par l'unité et l'homogénéité dans les lois. Nos législateurs ont entrepris de réaliser cette œuvre, vraiment noble et patriotique, et, entourés de conseillers aussi sages qu'éclairés, ils ont su, en codifiant nos lois, élever un monument qui fera leur gloire en même temps que le bonheur de notre peuple.

Le pays tout entier a accepté, avec joie, le nouveau régime, comme l'aurore d'une ère de progrès et de prospérité. Tous ont compris l'immense avantage, pour notre société, de voir nos anciennes dispositions législatives, souvent incertaines ou ambiguës, réduites en une loi unique, qui, d'une extrémité à l'autre de la province, devra régler les droits et les devoirs de ses habitants et soumettre leurs rapports si variés, aux mêmes règles et aux mêmes préceptes. Tous ont compris aussi, que c'était là posséder de suite ce que d'autres nations n'ont pu obtenir qu'après bien des siècles de luttes et d'incertitude, et que décréter l'uniformité dans nos lois, c'était affermir et consolider notre unité nationale.

L'avantage du principe de la codification pour les peuples est un fait tellement incontestable, qu'à part les dissidences de quelques utopistes de l'école Allemande, nous croyons qu'il n'y a plus, aujourd'hui, guère de doute sur ce sujet. "Ce travail," dit un écrivain moderne,* "est un signe toujours certain d'amélioration pour la législation qui en est l'objet, et la tendance générale de notre époque à s'y livrer, est un fait bien digne de l'attention du jurisconsulte.

"Le moment paraît arrivé, où, dans chaque nation, suivant la pensée récemment émise par un magistrat de nom illustre (M. Frédéric Portalis), "le grand nombre de lois rendues pour satisfaire aux divers besoins de la civilisation, ne présente plus qu'un inextricable labyrinthe, où l'esprit du juge s'égare au milieu d'un nombre infini de dispositions en désordre, souvent opposées entre elles. Alors, suivant les formes du gouvernement des peuples réduits à la nécessité d'une réforme législative, surviennent soit un prince, soit des magistrats qui ordonnent la refonte de la législation. Un choix dicté par la force des choses s'opère, on classe, on réunit les règles et les coutumes qui sont d'une utilité actuelle et pratique, on y en ajoute de nouvelles, conformes à l'esprit du temps et aux nécessités présentes. On abolit celles qui sont devenues inutiles ou nuisibles, au grand regret sans doute de l'antiquaire et de l'historien, mais à l'avantage immense des populations, dont les lois, mieux en harmonie avec les hommes et les choses qu'elles doivent régir, reprennent une vie et une autorité toutes nouvelles."

La codification de nos lois a donc été, pour toutes les classes du pays en général, un grand bienfait, et pour la profession et pour les hommes de loi en particulier, une mesure de la plus haute importance.

En tournant d'avantage les regards de nos jurisconsultes vers les travaux des grands hommes qui ont écrit sur le droit français moderne, le fait d'une assimilation plus parfaite

* M. C. Seruzier, Dissert. sur la Codif. p. 121, 122.

de nos lois à celles de la France, aura pour conséquence naturelle, si l'école sait bien diriger la tendance de ces études, de donner à la science du droit, en ce pays, une force et une vigueur toutes nouvelles. La similitude du droit amènera nécessairement la similitude des travaux, et de l'union des intelligences naîtront la clarté dans les conceptions, l'unité dans les décisions.

Nous disons que l'école doit diriger ces études. Si, d'une part, en effet, nous ne saurions trop consulter les bons commentateurs du droit français moderne, d'une autre aussi nous croyons que cette tendance des esprits à limiter les études aux auteurs modernes ne doit pas être trop exclusive. Il est bon de le rappeler, la promulgation du Code n'a rien fait perdre du mérite intrinsèque des anciens traités de jurisprudence qui, selon nous, ont été, et devront toujours être, regardés comme les sources premières de nos lois modernes. Nous croyons que ces antiques monuments de science et de sagesse devront toujours être considérés, surtout par nous Canadiens, comme les plus sûrs interprètes de nos dispositions législatives, puisque, comme nous le verrons ci-après, l'idée de notre Code n'a pas été d'innover aux anciennes lois mais plutôt de les co-ordonner et de les résumer.

Sans doute, ces ouvrages composés dans les principes d'une ancienne législation, et sous l'influence des idées du temps, fruits d'une science qui a dû nécessairement être modifiée et adaptée aux besoins toujours nouveaux des peuples modernes ne peuvent plus être aujourd'hui, sur une foule de questions, que d'une utilité pratique assez restreinte. Mais l'école historique, le philosophe, tous ceux enfin qui préfèrent le modèle à la copie, le maître au disciple auront toujours recours à ces traités féconds, certains d'y trouver des aperçus lumineux, de précieuses connaissances et des richesses inépuisables.

Agir autrement, recourir aux sources modernes et négliger les anciennes, ce serait, il nous semble, saper les principes fondamentaux et les bases mêmes de notre Code. Pour

bien saisir la portée des lois qui nous régissent il faut avant tout bien connaître l'origine et l'histoire de leurs anciennes dispositions, bien apprécier leurs ressemblances ou leurs différences avec les antiques institutions d'où elles originent. Comme toute somme de progrès le Code a voulu résumer le passé, et avouons que, sans secousse ni fortes transitions, il a su même le modifier.

Tous les esprits sérieux qui ont écrit sur le nouveau droit ont été forcés, même en France, où, cependant, le Code a semblé vouloir renoncer au passé d'une manière radicale, de reconnaître la vérité et l'importance des études anciennes : " Une phrase, une ligne, une disposition de cette loi," dit M. Taillandier (*1) en parlant du Code Napoléon, sont souvent " le résultat des travaux antérieurs sur ce point. En effet " les racines de ce Code sont dans la renaissance, dans le " moyen âge, dans l'antiquité romaine, quelque-unes plon- " gent sans doute jusqu'au fond des forêts celtiques et germa- " niques, d'autres jusqu'à la vieille loi des douzes tables. Tel " point vient du droit civil, du droit prétorien ou du droit " impérial, tel autre découle du droit coutumier, et son ori- " gine se perd dans l'inconnu avec l'origine des coutumes ; " on assiste ainsi au spectacle imposant de la marche, de la " transformation des sciences, de la tradition de l'humanité " à cet égard.

" Ainsi considéré le Code Napoléon prend un autre aspect ; " ses articles si secs, si arides pour le commençant, s'animent, " parlent, racontent le passé.

" Il paraît alors un résumé de ce qui a été conservé du droit " romain, des travaux de nos grandes écoles coutumières et " romanistes, travaux que Pothier avait vulgarisés, que le " Code Civil modifie."

" Quelque audacieusement radicale que la révolution fran- " çaise se soit montrée dans ses actes, dit M. Poncelet, (*2)

(*1) 39 Revue de législ. p. 400.

*2) Précis de l'histoire du droit français, Préface.

“ nos Codes continuent exactement le droit antérieur, et dans leurs innovations civiles les plus heureuses ne font que ré-aliser les progrès préparés à l’avance et indiqués par les discussions des auteurs et la jurisprudence des tribunaux.”

“ Vraiment, dit M. Klimrath, (*1) c’est mal comprendre nos lois que de les isoler et de ne vouloir les interpréter que par elles-mêmes, lorsque tout le passé est là pour leur servir de commentaire, et l’avenir de complément.”

On ne saurait recommander plus fortement l’étude des anciens auteurs, l’importance des écoles historiques et pré-munir contre un usage abusif des commentaires sur le nouveau droit.

Loin de nous, cependant, nous le répétons, l’idée de vouloir repousser l’étude des auteurs modernes. Il est difficile, nous le savons, de n’en point devenir les admirateurs, et c’est pour cela que nous avons dit qu’en puisant à ces nouvelles sources la science du droit, en ce pays, recevra un surcroît de force et de vigueur; nous le maintenons encore, mais ce sont des parfums qui quelquefois enivrent, il faut la direction du professeur pour savoir les savourer avec prudence.

Comme témoignage de notre admiration, pour la nouvelle législation française, nous dirons, avec M. Michelet (*2) “ le droit français gagne l’Europe presque aussi rapidement que la langue française,” assertion orgueilleuse, peut être, mais qui semble bien justifiée par les faits, puisque déjà, en un demi-siècle, l’Italie, l’Allemagne, la Belgique, la Hollande, l’Espagne, la Suisse, la Grèce et la Louisiane ont tour-à-tour rendu hommage à la perfection et à la supériorité du droit français moderne. Toutes ces nations, dans la codification de leurs lois, ont, plus ou moins, puisé aux sources françaises, et nous aussi, colonie Britannique, nous n’avons pu résister à l’entraînement général. Avouons, cependant, que, pour nous Canadiens-Français, cette mesure n’a pas eu

(*1) Hist. du droit français, p. 9.

(*2) Origines du dt. franç., page 121, Introd.

uniquement pour motif notre admiration pour le nouveau droit français, mais qu'elle nous a aussi été dictée par notre inébranlable attachement aux traditions de nos ancêtres et parceque nous avons cru, par ce moyen, ajouter un nouvel anneau à cette chaîne d'or qui devra toujours relier nos destinées à celles de notre ancienne mère-patrie.

Ne cessons donc de le répéter, car nous ne devons pas l'oublier, si d'un côté il nous est permis de nous associer aux travaux des jurisconsultes français modernes, de profiter de leur vaste science et du but pratique de leurs ouvrages, d'une autre part, les circonstances sous lesquelles nous sommes placés, nous ramèneront toujours à l'étude des anciens maîtres, ce sont nos premiers guides, les sources mêmes de nos lois. Telle est aussi la conclusion à laquelle en est venu l'un de nos savans juges (1) en parlant de notre Code ; nous ne saurions mieux terminer ces quelques considérations qu'en citant les paroles de ce magistrat éclairé : “ En élevant, dit-il, “ ce nouveau monument de législation, nous n'avons pas “ rompu avec notre passé juridique. Nous en avons, au con- “ traire perpétué les traditions et raffermi l'autorité. Une “ pensée innovatrice n'a pas inspiré la codification de nos lois. “ Conserver en perfectionnant, et non créer ou détruire, a “ été l'objet du législateur.”

*
* *

Il n'entre pas dans le cadre de ces quelques observations de faire ici l'éloge ou la critique de notre code, nous laissons cette tâche à d'autres qui en feront une étude spéciale, mais ce que, par notre propre travail, nous pouvons constater et devons avouer, c'est que, profitant de l'expérience et des résultats acquis, nos Commissaires ont su donner à notre code un cachet de fini et de précision, qui ne se rencontre ni dans la codification française, ni dans celle de la Louisiane. Grand nombre d'articles du Code Napoléon ont été amendés et mis

(1) Revue Légale, p. 1, (Droit Civil.—Hon. M. Loranger.

plus en harmonie avec les besoins et les usages de nos populations, mais aussi il reste une multitude de points que les codificateurs français n'ont pas décidés et qui devront nécessairement recevoir leur solution par les décisions et la jurisprudence de nos tribunaux.

A l'étudiant, cependant, qui aimerait à connaître les principes généraux applicables à toute codification de lois, nous nous permettrons de lui offrir les quelques observations qui suivent :

“ Bentham, dit M. Seruzier, (1) indique seulement quatre qualités désirables dans un Code, (organ. jud. et de la codific. p. 333). Il faut 1o. qu'il soit fondé sur l'*utilité générale*, qu'il consacre le plus grand bien du plus grand nombre ; 2o. qu'il embrasse toutes les obligations légales auxquelles le citoyen doit être soumis, qu'il soit complet ou remarquable par son *intégralité* ; 3o. qu'il réunisse les plus grandes conditions de *cognoscibilité*, c'est-à-dire qu'il soit mis à la portée de tout le monde ; et 4o. que chaque loi soit accompagnée d'un commentaire raisonné contenant la justification de la loi, sa *justifiabilité*.

“ Ces qualités présentent, comme on le voit, les caractères généraux d'un bon système de codification, caractères qu'on pourrait appeler extrinsèques par opposition à ceux qui doivent présider à la composition même d'un Code. Toutefois la nécessité des trois premières qualités seulement nous semble incontestable, la dernière nous paraît plus difficile à admettre, parce que s'il est vrai que toute loi doit être fondée en raison, et qu'il est du devoir du législateur de faire connaître ses motifs, nous devons craindre qu'un commentaire raisonné, analysant chaque disposition, ne soit mis à la place de la loi. Ne serait-ce pas d'ailleurs faire enseigner la doctrine par le législateur ?

“ Les qualités que nous appellerons intrinsèques ou relatives

(1) Dissert, sur la codif., p. 138.

à la composition même d'un Code sont beaucoup plus nombreuses. (V. Revue de Législ., t. 6.)

“ 1o. La loi ne doit établir que des principes généraux, doit négliger les espèces et les individus, prévoir le genre, les règles et non les cas ;

“ 2o. Se borner aux seuls principes généraux, sans chercher à les expliquer par des exemples ou les compléter par des détails ;

“ 3o. La loi ne doit contenir que des propositions, des commandements ; elle ordonne ou défend : *Legis virtus hæc est imperare, vetare*, L. 7, *Dig. de legibus* ; les préambules, raisonnements et justifications ne peuvent entrer dans son texte : *Dic quid me velis fecisse, non disco sed pareo*. (Sénèque) ;

“ 4o. Eviter les définitions purement scolastiques : *Omnis definitio in jure est periculosa, parùm est ut non subverti possit*, Javolenus, L. 202, *Dig., De reg. jur.* ; n'admettre que celles 1o. qui confèrent un droit ou en déterminent la portée ; 2o. qui réforment ou complètent la langue usuelle ; 3o. qui sont impératives ou sacramentelles ;

“ 5o. rejeter les distinctions et divisions à moins qu'elles ne soient limitatives, et contiennent ainsi une disposition législative ;

“ 6o. Eviter l'emploi des mêmes mots dans des acceptions différentes, comme aussi l'emploi de termes variés pour exprimer le même objet.

“ 7o. Le style doit être clair ; 8o. précis ; 9o. concis ; 10o. le législateur doit éviter le morcellement de la pensée, fondre dans un dispositif unique ce qui est homogène ;

“ 11o. Opérer la liaison des articles interprétatifs, non par la reproduction du contenu, mais par un simple renvoi.

“ Telles sont, dit l'auteur, les conditions extrinsèques et intrinsèques d'un bon système de codification.”

Des principes que nous venons d'exposer, il suit donc, qu'un Code de lois, quelque parfait qu'on le suppose, ne devra établir que des principes généraux, ce qui revient à dire que les lois n'ont pas tout prévu et ne sauraient tout prévoir. Il y a donc des particularités que le législateur doit omettre, autrement il imprimerait à son œuvre un caractère de détail et de minutie qui s'allierait mal avec la majesté de la loi. Mais plus le plan est vaste, plus les données sont générales, plus il se soulèvera de questions que le législateur n'aura pu décider. C'est ce soin de suppléer aux textes des lois, de développer l'esprit et la pensée qui ont présidé à l'accomplissement d'une aussi grande œuvre, qui a été laissé à la jurisprudence des tribunaux et aux opinions raisonnées des commentateurs et c'est à ces sources qu'il faut recourir pour trouver cette foule de détails que le précepte dédaigne et qui cependant tombent dans le domaine du praticien.

Les travaux des jurisconsultes, la jurisprudence des arrêts, tels sont donc, pour la profession, les suppléments nécessaires à l'étude d'une science, que l'on ne saurait posséder par une théorie trop exclusive.

Mais le texte du code français, les décisions des auteurs et des tribunaux, ont été tellement commentés, critiqués et appliqués, la science du droit possède aujourd'hui une telle abondance d'autorités, d'opinions et de préceptes, qu'il vaut mieux essayer, croyons-nous, de coordonner ces divers matériaux, plutôt que d'en fabriquer de nouveaux.

C'est là le but de notre ouvrage. Offrir sous chaque article de notre Code, autant de commentaires, d'aperçus, de législation comparée, qu'un choix judicieux nous permet d'en citer, tel est le plan que nous nous sommes tracé.

L'on comprendra aisément que disposant d'aussi riches matériaux, il nous eût été, disons le mot, facile, en résumant les pensées des auteurs que nous consultations, de préparer un *Commentaire sur le Code Civil* et qui eut passé, comme tou-

jours, pour le *fruit de nos veilles*. Sans doute, notre vanité personnelle en eut été flattée, mais nous sommes certains que c'est une timidité et une réserve que le public ne saurait condamner. Derrière les pages trompeuses d'un brillant ouvrage l'on aime généralement à voir comme une garantie, se dessiner la chevelure blanche de l'auteur ; or, nos amis savent et nous avouons bien cordialement que la nôtre est actuellement, et menace d'être encore longtemps....toute noire. Ce qui à nos yeux fait donc le mérite de notre ouvrage et ce qui précisément en est la plus forte garantie, c'est que l'on y trouvera toutes les citations aussi exactes, aussi fidèles que nous avons pu les donner et sans un seul mot de commentaires de notre part. Plus tard, si Dieu nous accorde longue vie, nous reviendrons *peut-être*, un jour, dans ce sentier que nous aurons souvent battu, et, après avoir bien étudié l'ensemble et profité des leçons de l'âge et de l'expérience, *peut-être* alors consentirons-nous, à résumer les observations que notre travail nous aura suggérées. Mais pour le moment, nous préférons nous éliminer complètement et laisser parler les Ulpien, les Gaius, les Pothier, les Bourjon, les Cochin, les Merlin, les Marcadé, les Larombière et cette foule d'auteurs illustres dont les œuvres immortelles sont marquées au coin du talent quelquefois du génie.

Fruit de consciencieuses recherches et d'une étude sérieuse, notre ouvrage sera, croyons nous, d'une grande utilité pratique, car la méthode nous en a paru aussi simple que logique. Sans avoir la prétention de résoudre toutes les difficultés du texte, sans nous porter même garants des opinions émises par les auteurs cités, opinions quelquefois contradictoires, nous croyons cependant que l'homme de loi, le praticien, l'étudiant trouveront notre travail d'une grande commodité.

Au milieu de ces compilations, de ces recueils, de ces traités et de ces volumes sans nombre de dissertations, commentaires et écrits de tous genres où se trouve enfouie la science du droit, l'on nous saura gré, croyons-nous, d'avoir travaillé à réunir dans un cadre, comparativement restreint, un ensem-

ble assez complet des principales discussions sur chaque article de notre Code, présentant successivement les données du droit Romain, du droit Français et du droit Anglais, quelquefois même du droit Américain, dans un ordre susceptible d'abrégier et de faciliter pour l'homme d'étude et le praticien, le travail fastidieux auquel ils sont conviés.

Dans un pays, comme le nôtre, où le prix des livres de Droit est de beaucoup au-dessus des ressources pécuniaires de la plupart d'entre nous, où le riche seul peut se passer le luxe d'une bibliothèque bien choisie, il nous a paru, que ce serait faire une œuvre utile, que d'offrir à nos confrères, un ouvrage qui de fait fût en quelque sorte toute une petite *bibliothèque* de notre Code Civil.

Nous nous sommes donc attachés à suivre pas à pas les dispositions de notre Code, à les éclaircir soit par les observations qui ont déterminé MM. les Commissaires à les adopter, soit par les extraits de nos meilleurs auteurs, offrant toujours autant de matière possible et nous efforçant de ne rien laisser d'obscur dans l'expression ni dans la pensée de nos législateurs. Il nous a fallu consulter un grand nombre d'auteurs, quelquefois parcourir plusieurs pages, plusieurs chapitres, des volumes entiers même, avant de trouver l'endroit précis de la citation ou de fixer notre choix ; et ce choix il n'a pas été tellement restreint que nous n'ayons cité la plupart des auteurs auxquels l'on réfère, le plus souvent, devant nos Cours de justice.

Nous ne saurions terminer ces quelques observations sur le plan que nous avons suivi dans le cours de ce travail, sans attirer l'attention de l'étudiant sur un point qui peut avoir son importance. En parcourant cet ouvrage le lecteur s'apercevra facilement que nous rapportons souvent les paroles des commentateurs sur des points qui, à vraiment parler, ne sont plus ou n'ont même jamais été, reçus comme loi parmi nous. Ces dissertations pourraient peut-être, à première vue, paraître inutiles, superflues, mais outre que ces dissidences sont faciles à remarquer, nous avons souvent été forcés de les

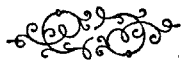
laisser de crainte de dénaturer singulièrement la citation principale de l'auteur. Toute citation n'est pas toujours une autorité précise à l'appui de notre Code, mais elle est donnée quelquefois comme une explication et quelquefois comme un moyen de connaître les ressemblances ou les différences de notre droit actuel comparé avec l'ancien ou le nouveau droit français et même avec le droit anglais ou le droit américain.

Nous comprenons qu'avant le Code, il fallait à celui qui voulait faire un choix d'autorités, une connaissance bien plus étendue de la loi pour pouvoir discerner ces nuances entre les différens droits, mais aujourd'hui cet écueil n'est plus à craindre, et c'est bien ainsi que MM. les Commissaires l'ont compris, puisqu'eux aussi réfèrent aux autorités sur le droit nouveau. Nous avons donc préféré laisser les citations intactes, confiants, qu'après avoir puisé, à la chaire du professeur et dans la leçon orale, la connaissance des grands principes, après avoir lu et comparé les textes des deux Codes et médité sur les observations des Commissaires, l'étudiant se tiendra en garde contre les conséquences d'admettre pour principe ce qui serait étranger à notre droit. Enfin, une dernière considération qui a bien eu aussi son influence à nous déterminer à laisser les citations entières, c'est que ces rapprochements feront saisir et apprécier d'avantage ces différences mêmes entre l'ancien et le nouveau droit, et pourquiconque aime la philosophie du droit, l'étude des législations comparées sera toujours un sujet de la plus haute importance.

Nous ne saurions non plus terminer ces quelques remarques sans offrir nos plus sincères remerciements aux MM. qui composent le comité de la bibliothèque des avocats pour la section du district de Montréal, pour l'obligeance qu'ils ont eue en voulant bien accorder notre requête aux fins de nous permettre d'emporter et de nous laisser consulter à domicile les nombreux traités que contient cette riche collection ; nous nous plaisons aussi à renouveler ici, à tous nos honorables confrères qui ont bien voulu nous permettre de profiter de

leur bibliothèque privée l'expression de toute notre reconnaissance.

Puisse ce Recueil être jugé de quelque utilité et nous aurons obtenu le but que nous nous sommes proposé. Nous savons qu'une critique sévère aurait beaucoup à nous reprocher, mais nous savons aussi que nos amis accueilleront avec plaisir une œuvre qui, pour le premier livre du Code seulement, nous a coûté plus de dix huit mois de recherches et d'études. Dans le cours de notre travail nous étions si remplis du désir de ne le point laisser incomplet que nous avons été distraits de la grandeur de la tâche par l'effort même, et maintenant que nous le revoyons, en silence, nous nous apercevons combien il eut pu être mieux coordonné et plus parfait, mais enfin nous nous sommes imaginés qu'il suffirait de l'entreprendre et d'en tracer le plan pour bien mériter du public.



LA
BIBLIOTHEQUE DU CODE CIVIL

DE LA
PROVINCE DE QUEBEC

(CI-DEVANT BAS CANADA.)

CODE CIVIL DU BAS-CANADA

CIVIL CODE OF LOWER CANADA.

RAPPORT de
MM. les Com-
missaires char-
gés de codifier
les lois du Bas-
Canada, en ma-
tières civiles.

A Son Excellence le Très-Honorable CHAR-
LES STANLEY VICOMTE MONCK, Baron Monck
de Ballytrammon, dans le Comté de Wex-
ford, Gouverneur Général de l'Amérique
Britannique du Nord, et Capitaine Géné-
ral et Gouverneur en Chef dans et sur les
provinces du Canada, de la Nouvelle-
Ecosse, du Nouveau-Brunswick et de l'Île
du Prince Edouard et Vice-Amiral d'icel-
les, etc., etc., etc.

QU'IL PLAISE A VOTRE EXCELLENCE :

La législature, en décrétant la codification de nos lois ci-
viles, a voulu qu'elle se composât de deux codes dénommés,
l'un "Le code civil," et l'autre "Le code de procédure civi-
le" du Bas Canada. La confection du premier devait précéder
celle du second, et le travail, à mesure qu'il progresserait, de-
vait être soumis au Gouverneur par parties ou sections, avec
explications convenables.

En exécution de ces dispositions, les Commissaires se sont d'abord occupés du code civil, et ont, en octobre dernier, soumis au prédécesseur de Votre Excellence un premier rapport accompagné d'une section de leur travail, comprenant le " Titre des obligations. "

En débutant par ce titre, les Commissaires n'ignoraient pas qu'ils s'écartaient de l'ordre naturel et logique, qui aurait exigé qu'on s'occupât des personnes et des biens, avant que de déterminer les obligations de ces personnes, et les droits qu'elles peuvent avoir sur les biens.

Cet écart temporaire leur a cependant paru avantageux, à raison de l'importance des principes contenus dans le titre des obligations, et de l'influence que ces principes doivent avoir sur l'ensemble de l'ouvrage, et surtout par l'espoir de pouvoir, sur les autres parties, s'aider des lumières et des suggestions qu'ils obtiendraient sur ce titre, des savants juges auxquels il devait être soumis.

Reprenant l'ordre interverti, les Commissaires ont aujourd'hui l'honneur de transmettre à Votre Excellence le présent rapport du Titre Préliminaire et de tout le premier livre du code civil.

Mais avant d'entrer dans le détail des différents articles dont se compose la partie de l'ouvrage maintenant soumise, il est convenable de faire quelques remarques applicables à l'ensemble du code civil dont il est ici question.

Par l'acte qui a ordonné la confection de ce code il est enjoint aux Commissaires d'y insérer les lois civiles d'un caractère général et permanent actuellement en force ; d'en exclure celles qui ne le sont plus, et de ne proposer que sous forme d'amendements, à part et distinctement du reste, les changements qu'ils croiront désirables ; et il leur est ordonné de fournir les raisons et de citer les autorités qui les auront guidés dans leur décision sur chaque sujet.

Le but de chacune de ces exigences est apparent ; l'exposition de l'ensemble du système, en facilitant les moyens de

l'apprécier, rend plus facile la tâche d'en corriger les déficiences et d'en suppléer les lacunes ; l'exposition des lois abolies ou tombées en désuétude met à même de juger s'il convient de les laisser telles ou de les faire revivre ; enfin la présentation d'amendements offerts en regard, mais à part des lois en vigueur, aide à décider s'ils sont préférables à celles auxquelles on veut les substituer ou de nature à améliorer celles auxquelles on veut les ajouter.

L'on n'a pas voulu permettre l'abrogation, ni même l'altération des lois en force, ni remettre en vigueur celles éteintes, si ce n'est avec pleine connaissance de cause et après avoir été mis en position d'en apprécier la nécessité ou les avantages.

L'on ne saurait qu'applaudir, du moins, aux motifs qui ont fait adopter ces précautions ; cependant l'on a reproché à la loi de les avoir poussées trop loin ; l'on a dit qu'elle ne laissait pas assez à la discrétion des Commissaires, qu'elle ne leur accordait pas une latitude suffisante, et qu'elle insistait sur des détails inutiles ou peu nécessaires ; que de ces causes résultait un accroissement de travail et une dépense de temps qui n'étaient pas compensés par les avantages qu'on attendait.

Les Commissaires n'étaient pas appelés à se prononcer sur la valeur et la justesse de ces reproches ; pour eux, ayant accepté la tâche qui leur était confiée, il était de leur devoir de l'exécuter en la manière ordonnée. C'est ce qu'ils se sont efforcés de faire par le passé, et ce qu'ils se proposent pour l'avenir.

Cependant il se permettront de profiter de l'occasion pour exprimer leur conviction, fondée sur l'expérience, que ce qui est exigé d'eux offre des difficultés et requiert une somme de travail dont il est impossible de se former une idée correcte, pour ceux qui n'ont pas porté sur le sujet une attention particulière. Au soutien de cette assertion, quelques détails succincts ne seront pas ici hors de place.

Le Code Napoléon est, avec raison, considéré comme un chef-d'œuvre dans son genre ; aussi l'a-t-on adopté, soit dans son entier, soit avec des modifications plus ou moins considérables, dans tous les pays, où, depuis sa confection, l'on s'est occupé de codification ; il était donc tout naturel, à raison de la similitude de nos lois avec celles de la France à l'époque où elle y furent codifiées, qu'on nous donnât son code pour modèle, et qu'on l'indiquât comme base de celui que l'on voulait faire.

Quoique cette similitude ait été assez notablement altérée par le nouveau code, elle était encore assez grande pour qu'il fût possible, sans trop de risque, de permettre aux Commissaires d'en adopter les dispositions qu'ils auraient approuvées, en retranchant ou altérant celles dont l'expérience en France ou ailleurs, a démontré l'inutilité ou la défectuosité, et en y intercalant celles que nos lois et nos circonstances particulières peuvent requérir. Cette manière de procéder, si elle eût été permise, aurait rendu la tâche comparativement légère.

Mais la Législature ne l'a pas voulu ; elle a bien, à la vérité, indiqué le code français pour modèle quant au plan à suivre, à la division des matières et aux détails à fournir sur chaque sujet ; mais tout cela n'est qu'accessoire et ne regarde que la forme ; quant au fond, il est ordonné que le code à faire se composera exclusivement de nos propres lois. Ce qui est loi en force doit y être inclus ; ce qui ne l'est pas doit en être exclus, et peut tout au plus, être proposé à part comme altération admissible.

Pour connaître les lois dont doit se composer le code, il fallait en faire la recherche aux différentes sources d'où elles originent, sources si variées, et plus nombreuses, peut-être, que dans aucun autre pays et dont la longue énumération serait ici hors de place.

La recherche une fois complétée, commence le travail non moins important et plus difficile peut-être, de déterminer

celles de ces lois qui, ayant été en force, ont cessé de l'être par l'effet de la législation, de la désuétude ou de la jurisprudence. A ces fins il fallait parcourir les Statuts Impériaux affectant le Canada, et ceux passés par nos différentes législatures; rechercher les décisions, les usages et la pratique de nos diverses cours, et souvent les décisions, les usages et la pratique des tribunaux en Angleterre et en France; et sur le tout consulter les rapports, écrits et commentaires des auteurs si nombreux et si variés.

Mais sur une infinité de points, il y a incertitude et divergence d'opinions; la Législature a gardé le silence, les tribunaux ne sont pas d'accord, les auteurs diffèrent; cependant, dans tous les cas, il faut se prononcer, et les Commissaires doivent déclarer quelle est, dans leur opinion, la loi sur le sujet, et offrir les raisons et les autorités sur lesquelles sont fondées leurs décisions.

Il y a plus; souvent il arrive qu'après avoir, avec beaucoup de travail, décidé qu'elle est la loi sur un point donné, les Commissaires sont d'avis que cette loi devrait être changée ou rappelée entièrement; alors, non seulement le premier travail devient inutile, mais il en faut un second pour formuler et expliquer les dispositions nouvelles qu'ils désirent substituer.

Si à ce qui précède l'on ajoute la nécessité de la rédaction dans les deux langues, et les embarras qu'elle suscite, l'on conviendra que la tâche à remplir présente des difficultés dont l'étendue n'était peut-être pas anticipée.

Ces difficultés ne sont cependant pas insurmontables; les Commissaires ont, au contraire, l'espoir de les avoir surmontées dans la partie de l'ouvrage accomplie, et l'assurance qu'elles pourront l'être plus aisément encore dans la partie qui reste à accomplir. Ils croient avoir saisi l'intention de la Législature et se flattent de s'y être conformés pour le passé, et de pouvoir le faire pour l'avenir; aussi leur but, en faisant les observations qui précèdent, n'est-il pas de se plaindre de

la loi, ni d'exagérer les difficultés afin d'augmenter le mérite de les vaincre, mais uniquement d'exprimer leur sincère conviction que le travail qui leur est confié, suivant la loi qui l'a ordonné, ne peut être exécuté à la hâte et sans y dévouer, même, un temps considérable.

TITRE PRELIMINAIRE PRELIMINARY TITLE

De la Promulgation, de la Distribution, de l'Effet, de l'Application, de l'Interprétation et de l'Exécution des Lois en général.

Of the Promulgation, Distribution, Effect, Application, Interpretation and Execution of the Laws in general.

OBSERVATIONS DE MESSIEURS LES COMMISSAIRES SUR LE TITRE PRÉLIMINAIRE.

En tête du projet sur lequel a été élaboré le Code Napoléon, avait été placé un livre préliminaire intitulé : *Du droit et des lois*. Ce livre, malgré son grand mérite, fut supprimé comme se composant de définitions et de principes élémentaires que l'on a cru devoir laisser à l'enseignement de l'école. De ce beau travail l'on n'a conservé que quelques règles fondamentales relatives à la promulgation, aux effets et à l'application des lois en général ; ces règles, réunies sous la dénomination de titre préliminaire, servent comme d'introduction au reste du code.

Les Commissaires ont suivi cet exemple, et proposent sur le même plan et pour les mêmes raisons, le présent titre auquel ont cependant été faits certains changements et additions qui seront signalés à mesure qu'ils se présenteront, et qui déjà sont indiqués par la rubrique même du titre intitulé :

DE LA PROMULGATION, DE LA DISTRIBUTION, DE L'EFFET, DE
L'APPLICATION, DE L'INTERPRÉTATION ET DE L'EXÉCUTION
DES LOIS EN GÉNÉRAL.

L'article 1 indique l'époque à compter de laquelle les actes

impériaux affectant le Canada y sont censés promulgués et y deviennent en force. C'est la simple énonciation d'une règle émanant du droit public et de l'autorité impériale, qui, partant, n'aurait pas besoin de notre sanction ; pourtant l'on a cru devoir l'énoncer, à raison de son importance et de sa liaison avec les autres dispositions du présent titre.

L'article 2 relatif à la promulgation et à la mise en vigueur des statuts provinciaux, dépend aussi du droit public ; c'est pour les raisons qui ont fait admettre le précédent, qu'il trouve ici sa place.

Mêmes observations sur l'article 3 qui regarde le droit qu'a Sa Majesté de désavouer les actes de notre législature coloniale, le temps de faire ce désaveu et l'effet qu'il produit.

L'article 4 règle l'impression, la publication et la distribution des lois, et l'article 5 indique quels sont ceux qui ont droit à cette distribution : ces articles ne requièrent aucunes remarques.

Un article qui avait été copié du Code Napoléon (art. 2) a été omis, non parce que la règle qu'il consacre est incorrecte ou douteuse, mais parce que l'énonciation en a paru inutile et même dangereuse : inutile à l'égard du législateur, qui aurait toujours droit de ne s'y pas conformer ; dangereuse quant au juge, qui pourrait la regarder comme réagissant sur le passé et influant sur les nombreuses lois de cette nature, auxquelles, sous cette impression, il refuserait, quoiqu'à tort, de donner effet.

D'après les discussions qui ont eu lieu en France sur cet article l'on voit qu'il n'a été admis que parce que l'on n'avait pas à craindre là le même inconvénient quant aux lois antérieures. (1 Proudhon par Valette, p. 20 à 76.—Valette, 2, 3. —1 Demante, 11, 12, 27, 28.—1 Locré, Esp. du Code, 193. —1 Marcadé, 13.)

L'article 6 est destiné à remplacer l'article 3 du Code Napoléon, qui détermine quelles personnes et quels biens régissent les lois françaises.

Cet article 3 du Code Napoléon contient trois paragraphes : le premier décrète que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ; le second soumet à l'empire de la loi française tous les immeubles situés en France, même ceux appartenant aux étrangers ; le troisième déclare que les lois qui règlent l'état et la capacité des personnes suivent le Français même résidant en pays étranger. Cet article ne paraît pas être ce qui nous convient ; d'abord, il traite des lois de police et de sûreté dont les Commissaires n'ont pas à s'occuper, et il garde le silence sur l'effet des lois sur les biens meubles, question qui présente cependant de grandes et nombreuses difficultés. De plus, à propos des lois qui règlent l'état des personnes, l'article énonce bien que ces lois accompagnent le français en pays étrangers, mais il se tait sur la question de savoir si l'état de l'étranger se trouvant en France, se règle d'après la loi française, ou d'après celle de son pays. Ainsi cet article comprend trop et pas assez.

Dans celui adopté par les Commissaires, l'on a retranché ce qui n'est pas de leur ressort, et l'on y a comblé les lacunes mentionnées quant aux meubles et à l'état et à la capacité de l'étranger.

Cet article se compose de quatre paragraphes, le premier relatif aux immeubles, le second relatif aux meubles, le troisième et le quatrième regardant les étrangers, qui, pendant leur séjour dans le Bas Canada, sont, quant à leurs personnes, sujets à nos lois, à l'exception de celles touchant l'état et la capacité, qui ne leur sont pas applicables.

Cet article qui est de la plus grande importance, a été préparé avec soin et est fondé sur les nombreuses autorités citées à la suite de chaque paragraphe qu'il contient.

Les articles 7 et 8 ne se trouvent pas au Code Napoléon ; cependant les Commissaires ont cru devoir les adopter, à raison de l'importance des règles qu'ils énoncent et de l'usage fréquent que l'on est appelé à en faire ; se conformant en cela à l'exemple qui leur a été donné par les auteurs du Code de la Louisiane, et par ceux de plusieurs autres.

Au reste, ils ne contiennent aucune innovation, ils sont conformes à notre jurisprudence actuelle.

L'article 9 est la substance formulée du § 25 de la section 6 du ch. 5, des Statuts Refondus du Canada, et l'article 10 est l'expression du § 27 de la même clause.

La règle émise en l'article 11 est de droit commun, conforme à la jurisprudence et implicitement sanctionnée par la clause première du ch. 82, des Statuts Refondus du Bas Canada.

L'art. 12 est fondé sur le § 28 de la section 6 du ch. 5 des Statuts Refondus du Canada.

L'article 13 est copié de l'article 6 du Code Napoléon ; il est conforme à la jurisprudence antérieure, aussi bien que l'art. 14 qui cependant a été omis au Code Napoléon. C'est au Code de la Louisiane qu'il a été emprunté.

L'article 15 est le résumé du § 3 de la section 13 du ch. 1 des Statuts Refondus du Bas Canada. Un article qui reproduisait les dispositions des §§ 15 et 16 de la section 6 du ch. 5 des Statuts Refondus du Canada, a été omis comme applicable plutôt au criminel qu'au civil.

L'article 16 est l'expression mise en forme du § 17 de la clause 6 du chapitre 5 des Statuts Refondus du Canada, et de la section 8 du chapitre 94 des Statuts Refondus du Bas Canada.

L'article 17 déclare que les mots, termes, expressions et dispositions énumérés dans la cédule y mentionnée, ont le sens, la signification et l'application qui leur sont respectivement assignés.

Cette cédule a été préparée et insérée dans ce titre préliminaire, afin de déterminer une fois pour toutes, le sens légal de certains mots et expressions, ainsi que l'étendue et l'application de certaines dispositions d'un usage fréquent et qui ont une signification technique et une portée particulière lorsqu'on les emploie dans les matières de législation, de jurisprudence ou de procédure.

[ARTICLE 1.]

Elle se compose de plusieurs paragraphes, dont les uns sont l'expression mise en forme des dispositions de nos propres statuts, tandis que les autres contiennent des définitions qui ont été regardées comme indispensables, par suite du plan adopté de les exclure autant que possible du corps de l'ouvrage.

Au bas de chacun des paragraphes est mentionnée la source d'où il est tiré.

I. Les actes du parlement Impérial affectant le Canada, y sont censés promulgués et y deviennent exécutoires à compter du jour où ils ont reçu la sanction royale, à moins qu'une autre époque n'y soit fixée.

1. Acts of the Imperial parliament which affect Canada are deemed to be promulgated and come into force from the day on which they receive the royal assent, unless some other time is therein appointed.

1 *Leclercq, Droit Romain, Tit. prél.* } 1^{ère}. Partie. — La loi
sur art. 1, *C. N.*, p. 78. } pour être obligatoire devant être promulguée.

“Leges sacratissimæ, quæ constringunt hominum vitas, intelligi ab omnibus debent, ut universi præscripto earum manifestius cognito, vel inhibita declinent, vel permissa sectentur. Si quid verò in iisdem legibus latum fortassis obscurius fuerit, oportet id ab imperatoriâ interpretatione patefieri, duritiamque legum, nostræ humanitati incongruam emendari.” *Cod. de Leg. Lib. 1, Tit. 14, L. 9.*

2^e. Partie.—Tous les citoyens sans distinction étaient soumis à la loi après sa promulgation.

“Omnes legibus regantur, etiamsi ad divinam domum pertineant.”—*L. 10 Cod. eodem.*

3^e. Partie.—Les lois furent publiées par affiches dans les

[ARTICLE 1.]

provinces, lorsque le pouvoir législatif fut déferé à l'Empereur.

"Sancimus igitur ex illo nostras constitutiones valere, ex quo in commune factæ sunt manifestæ."—*Nov. 66, cap. 1.*

"Tua itaque excellentia, quæ a nobis hâc de re constituta sunt, in hunc modum omnibus manifesta, præconiis et programmatis efficere studeto."—*Epilog. Nov. 68.*

"Tua igitur eminentia, quæ placuerunt nobis, et per hanc sacram declarata sunt legem, cognoscens, solemniter per programmata propria manifesta fuerint universis."—*Epilog. Nov. 48.*

Dwarris, Part. 1, Ch. 1, p. 1. } Statutes or acts of parliament, of which it is proposed to treat, compose that part of the law of England, known by the description or denomination of "written laws," in contradistinction to the common law, which is unwritten, and depends on immemorial custom.

Id. P. 2. } The definition of statutes, as it is to be collected from a case of great authority, is as follows : "such acts as are made by the kings' Majesty, by and with the advice and consent of the Lords spiritual and temporal, and Commons, in Parliament Assembled." (Hale's Hist. C. L. 2, 4.—Prince's case, 8 Rep. 20).

The accuracy of this description of statutes, and the propriety of their classification as written laws, will be illustrated by a reference to the doctrines of Sir Matthew Hale, "*Leges Scriptæ*, or written laws," says that distinguished writer, "are such as are usually called Statute Laws, or acts of Parliament, which are originally reduced into writing, before they are enacted, or receive any binding power; every such law being in the first instance formally drawn up in writing, and made as it were a *tripartite indenture*, between the king, the Lords, and the Commons; for without the concurrent consent of all those three parts of the legislature, no such law

[ARTICLE 1.]

is, or can be made." "*Sans tous troys, (come si soit fait par Roy et Seigneurs, mes rien par le del commons,) n'est Ascun Act de Parliament.*" (Finch's *Nemotechnia*, lib. 2. C. 1. fo. 121.)

The distinction between statutes and ordinances (with which they were, in unsettled times, frequently confounded,) is, that the latter want the consent of some (one or more) of the constituent parts of a Parliament. These are, the king, Lords, and Commons. "Parts of which, each is so necessary, that the consent of all three is required to make any new law that shall bind the subject. Whatever is enacted for law by one, or by two only of the three, is no statute." But though no statute, this is the exact description of an ordinance, which, as Sir Edward Coke expresses it, "wanteth the threefold consent, and is ordained by only one or two of them." (4th Inst. 24.)

Id. part. 2. } The rule formerly was, that when the com-
P. 682. } mencement of an act was not directed to be from any particular time, it took effect from the first day of the session, in which the act was passed : which might be weeks, if not months, before the act received the royal sanction, or even before the bill was brought into Parliament. This was an extraordinary instance of the doctrine of relation working gross injustice as well as being full of absurdity...

Id. Ibid. } The statute 33 Geo. 3, c. 13, enacted, that the
P. 683. } clerk of the Parliament shall indorse on every act the time it receives the royal assent, which shall be the date of its commencement, where no other is provided : thus abolishing the ancient rule, as "liable to produce great and manifest injustice," and substituting another rule designed to prevent the mischief that a statute should, by any fiction or relation, have any effect before it was actually passed.

There is nevertheless some, and that not inconsiderable, hardship in the rule as it now stands ; for a statute is to operate from the very day it passes, if the law itself does not

[ARTICLE 1.]

appoint the time. It is impossible, in the distant parts of the United Kingdom, to have notice of the existence of the law, until some time after it has passed, and in America in the wide spread dominion of the United States where the same rule is adopted, this inconvenience is strongly felt. It would be no more than reasonable that the statute should not be deemed to operate upon the persons and the property of individuals, or impose pains and penalties for acts done in contravention of it, till such time was allowed as would enable the party, with proper diligence, to ascertain the existence of a law, of which there is now no formal promulgation or publication. The Code Napoleon, after much discussion and an enlightened consideration of the whole question, adopted the true rule : It declared that laws were binding from the moment their promulgation could be known ; and that the promulgation should be considered as known in the department of the consular (afterwards imperial) residence one day after that promulgation, and in each of the departments of the French Empire, after the expiration of the same space of time, augmented by as many days as there were distances of twenty leagues between the seat of government and the place. This *projet* was three times revised and essentially altered, the first consul taking an active and intelligent part in the deliberations. On the *rédaction communiquée au tribunal*, the following were some of the “ observations du tribunal : “ Cet article donne lieu à la discussion des différents “ modes de publication des lois, pour choisir celui qui doit “ être préféré. La section se prononce pour le mode progressif “ sif calculé en raison des distances. Le mode progressif est “ fondé sur la nature : il faut rendre la loi exécutoire au moment où on la connaît, etc.”

In Spain, the written law, “that is the reading (*leyenda*) in which there exists (*yace*) written instruction and chastisement,” is not obligatory, unless published by proclamation or edict :

[ARTICLE 1.]

then it is universally binding, because all are bound to know and study it.

To illustrate the inconsistency of our doctrine and practice: A prisoner was indicted for maliciously shooting; the offence was within a few weeks after the 39 Geo. 4, c. 37, passed, and before notice of it could have reached the place where the offence was committed. The judges thought the prisoner could not have been tried if that statute had not passed, and as he could not know of that act, although strictly it did not excuse him, they thought it right that he should have a pardon. (*R. v. Bailey*, R. and R. C. C. 1. 1 Russ. G, and M. 109.)

Such is still the operation of a new *law*, a later fact, a circumstance or matter subsequent, the law does not allow to extend or amplify an offence, “though laid together with the beginning, it should seem to draw it to a higher nature.” “*Æstimatio præteriti delicti ex postremo facto nunquam crescit.*” “The law,” says Bacon, “construeth neither penal laws nor penal facts by intendment, so as to be aggravated by matter subsequent; but considereth the offence in degree, as it standeth at the time when it is committed. Therefore, if a man deliver goods to one to keep, and after retain the same person into his service, who afterwards goeth away with his goods, this is no felony by the statute, 21 H. 8, because he was no servant at that time.” (Bacon’s Maxims, 39 and 40.)

Chitty, Prerogatives of the Crown, } Our plantations or colo-
Ch. 3, p. 29. } nies in America, and in
 other parts of the globe, were of course obtained either by
 conquest or treaty, or by our taking possession of, and peo-
 pling them, when we found them uninhabited.

When a country is obtained by conquest or treaty, the king possesses an exclusive prerogative power over it, and may entirely change or new-model the whole, or part of its

[ARTICLE 1.]

laws, and political form of government, and may govern it by regulations framed by himself. For instance, ever since the conquest of Gibraltar, in which, besides the garrison, there are inhabitants, property, and trade, the king has made orders and regulations suitable to those who live, &c. or enjoy property in that place. As, however, a country conquered by British arms becomes a dominion of the king in right of his crown, it is necessarily subject to the legislature of Great Britain; and, consequently, his Majesty's legislative power over it, as conqueror, is subordinate to his own authority in Parliament; so that his Majesty cannot make any new change contrary to fundamental principles, or exempt the inhabitants from the power of Parliament. Nor can the king legally disregard or violate the articles on which the country is surrendered or ceded; but such articles are sacred and inviolable, according to their true intent and meaning. It is necessary and fit that the conquered country should have some laws; and, therefore, until the laws of the country thus acquired are changed by the new Sovereign, they still continue in force. As observed by Lord Mansfield, the absurd exception as to an infidel country, mentioned in Calvin's case, (7 Rep. 17), shews the universality and antiquity of the maxim. So, where the laws of the vanquished territory are rejected, without the substitution of other laws, or are silent on any particular subjects, such territory is to be governed according to the rules of natural equity and right. The king may preclude himself from the exercise of his prerogative legislative authority in the first instance, over a conquered or ceded country, by promising to vest it in an assembly of the inhabitants, and a governor, or by any other measure of a similar nature, by which the king does not claim or reserve to himself this important prerogative.

If an uninhabited country be discovered and peopled by English subjects, they are supposed to possess themselves

[ARTICLE 1.]

of it for the benefit of their sovereign, and such of the English laws then in force, as are applicable and necessary to their situation, and the condition of an infant colony ; as for instance, laws for the protection of their persons and property, are immediately in force. Wherever an Englishman goes he carries with him as much of English law and liberty as the nature of his situation will allow.

Sir Wm. Blackstone observes on this subject, that “with respect to their interior polity, our *colonies* are property of three sorts : 1. Provincial establishments, the constitution of which depend on the respective commissions issued by the Crown to the governors, and the instructions which usually accompany those commissions ; under the authority of which provincial assemblies are constituted, with the power of making local ordinances, not repugnant to the laws of England 2. Proprietary governments granted out by the Crown to individuals, in the nature of feudatory principalities, with all the inferior regalities and subordinate powers of legislation which formerly belonged to the owners of counties palatine : yet still with these express conditions, that the ends for which the grant was made be substantially pursued, and that nothing be attempted which may derogate from the sovereignty of the mother country. 3. Charter governments in the nature of civil corporations, with the power of making by-laws for their own interior regulation, not contrary to the laws of England ; and with such rights and authorities as are specifically given them in their several charters of incorporation. The form of government in most of them is borrowed from that of England.

They have a governor named by the King, (or, in some proprietary colonies, by the proprietor,) who is his representative or deputy. They have courts of justice of their own, from whose decisions an appeal lies to the king and (in) council here in England. Their general assemblies,

[ARTICLE 1.]

which are their House of Commons, together with their councils of state, being their Upper House, with the concurrence of the king, or his representative the Governor, make laws suited to their own emergencies. But it is particularly declared by statute 7 and 8 W. 3, c. 22, that also laws, by-laws, usages, and customs, which shall be in practice in any of the plantations, repugnant to any law made or to be made in this kingdom relative to, the said plantation shall be utterly void and of none effect. And, because several of the colonies had claimed a sole and exclusive right of imposing taxes upon themselves, the statute 6 G. 3, c. 12, expressly declares, that all his Majesty's colonies and plantations in America have been, are, and of right ought to be, subordinate to, and dependent upon the imperial Crown and Parliament of Great Britain; who have full power and authority to make laws and statutes of sufficient validity to bind the colonies and people of America, subjects of the Crown of Great Britain, in all cases whatsoever. And this authority has been since very forcibly exemplified and carried into effect, by the statute 7 G. 3, c. 59, for suspending the legislation of New-York; and by several subsequent statutes. Hence it is clear that, generally speaking, the common law of England does not, as such, hold in the British colonies: such colonies are distinct from, though dependant on, England (1): are subject to the control of Parliament, though not bound by any acts of Parliament, unless particularly referred to therein.

(1) Of this there can be no doubt. But M. Stokes observes, in his work on the constitution of the Colonies, that the Crown has from time to time established the common law of England in all the British American Plantations, except Quebec or Canada. See 14 Geo. 3, c. 84, s. 11, establishing the Criminal Law of England in Quebec. Great part of Quebec or Canada, has been, it seems, given up to the United States. Stokes, 31.

[ARTICLE 1.]

1 *Cowper's Reports, Campbell vs. Hall* } *Lord Mansfield* : A
 p. 208-9. } great deal has been
 said and many authorities cited relative to propositions, in
 which both sides seem to be perfectly agreed ; and which,
 indeed are too clear to be controverted..... I will state the pro-
 positions at large, and the first is this :

A country conquered by the British arms becomes a do-
 minion of the King in the right of his crown ; and, therefore,
 necessarily subject to the legislature, the parliament of Great
 Britain.

The 2d is, that the conquered inhabitants once received
 under the King's protection, become subjects, and are to be
 universally considered in that light, not as enemies or aliens.

The 3d, That the articles of capitulation upon which the
 country is surrendered, and the articles of peace by which
 it is ceded, are sacred and inviolable according to their true
 intent and meaning.

The 4th, That the law and Legislative Government of
 every dominion, equally affects all persons and all property
 within the limits thereof ; and is the rule of decision for all
 questions which arise there. Whoever purchases, lives, or
 sues there, puts himself under the law of the place. An *En-
 glishman* in *Ireland, Minorca, the Isle of man, or the plantations*,
 has no privilege distinct from the natives.

The 5th, That the laws of a conquered country continue
 in force, until they are altered by the conqueror : the absurd
 exception as to pagans, mentioned in *Calvin's* case, shews the
 universality and antiquity of the maxim. For that distinction
 could not exist before the Christian era ; and in all probabili-
 ty arose from the mad enthusiasm of the *croisades*. In the
 present case the capitulation expressly provides and agrees,
 that they shall continue to be governed by their own laws,
 until his majesty's further pleasure be known.

[ARTICLE 1.]

The 6th, and last proposition is, that if the King (and when I say the King, I always mean the King without the concurrence of parliament) has a power to alter the old and to introduce new laws in a conquered country, this legislation being subordinate, that is, subordinate to his own authority in parliament, he cannot make any new change contrary to fundamental principles: he cannot exempt an inhabitant from that particular dominion; as for instance, from the laws of trade, or from the power of parliament, or give him privileges exclusive of his other subjects; and so in many other instances which might be put.

* 1 *Blackstone's Comm.* } The original method of passing sta-
 sec. 4 p. [102] } tutes in Ireland was nearly the same
 as in England, the chief governor holding parliaments at his pleasure, which enacted such laws as they thought proper. But an ill use being made of this liberty, particularly by Lord Gormanstown, deputy-lieutenant in the reign of Edward IV, a set of statutes were there enacted in the 10 Henry VII. (Sir Edward Poynings being then Lord deputy, whence they are called Poynings' laws,) one of which, in order to restrain the power as well of the deputy as the Irish parliament, provides, 1o. That before any parliament be summoned or holden, the chief governor and Council of Ireland shall certify to the king under the great seal of Ireland the considerations and causes thereof, and the articles of the acts proposed to be passed therein. 2o. That after the king, in his Council of England, shall have considered, approved or altered the said acts or any of them, and certified them back under the great seal of England, and shall have given licence to summon and hold a parliament, then the same shall be summoned and held; and therein the said acts so certified, and no other, shall be proposed, received, or rejected.....

[103.] } And with regard to Poynings' law in particular, it
 } cannot be repealed or suspended, unless the bill for

[ARTICLE 1.]

that purpose, before it be certified to England, be approved by both houses.

But the Irish nation, being excluded from the benefit of the English Statutes, were deprived of many good and profitable laws, made for the improvement of the common law, and, the measure of justice in both kingdoms becoming thence no longer uniform, it was therefore enacted, by another of Poynings' laws, that all acts of parliament, before made in England, should be of force within the realm of Ireland. But, by the same rule, that no laws made in England, between king John's time and Poynings' law, were then binding in Ireland, it follows that no acts of the English parliament made since the 10 Hen. VII do now bind the people of Ireland, unless specially named or included under general words. And on the other hand it is equally clear, that where Ireland is particularly named, or is included under general words, they are bound by such acts of parliament. For this follows from the very nature and constitution of a dependant state : dependence being very little else, but an obligation to conform to the will or law of that superior person or state, upon which the inferior depends. The original and true ground of this superiority, in the present case, is what we usually call, though somewhat improperly, the right of conquest ; a right allowed by the law of nations, if not by that of nature ; but which in reason and civil policy can mean nothing more, than that, in order to put an end to hostilities, a compact is either expressly or tacitly made between the conqueror and the conquered, that if they will acknowledge the victor for their master, he will treat them for the future as subjects, and not as enemies.

[104] } But this state of dependance being almost forgotten, and ready to be disputed by the Irish Nation, it became necessary some years ago to declare how that matter

[ARTICLE 1.]

really stood : and therefore by Stat. 6 Geo. 1, c. 5, it is declared, that the kingdom of Ireland ought to be subordinate to, and dependent upon, the imperial crown of Great Britain, as being, inseparably united thereto ; and that the king's majesty, with the consent of the lords and commons of Great Britain in parliament, hath power to make laws to bind the people of Ireland.....

.....The propriety and even necessity, in all inferior dominions, of this constitution, " that, though justice be in " general administered by courts of their own, yet that " the appeal in the last resort ought to be to the courts of " the Superior State," is founded upon these two reasons : 1. Because otherwise the law, appointed or permitted to such inferior dominion, might be insensibly changed within itself, without the assent of the Superior. 2. Because otherwise judgments might be given to the disadvantage or diminution of the superiority ; or to make the dependence to be only of the person of the king, and not of the Crown of England.....

[105] } And first, the Isle of Man is a distinct territory
 } from England, and is not governed by our laws :
 neither doth any act of parliament extend to it ; unless it
 be particularly named therein ; and then an act of parliament is binding there.....

[106] } The islands of Jersey, Guernsey, Sark, Alderney,
 } and their appendages, were parcel of the duchy of
 Normandy, and were united to the Crown of England by the
 first princes of the Norman line. They are governed by their
 own laws, which are for the most part the ducal customs of
 Normandy, being collected in an ancient book of very great
 authority, entitled *Le grand coutumier*. The king's writ, or
 process from the courts of Westminster, is there of no
 force ; but his commission is. They are not bound by com-
 mon acts of our parliaments, unless particularly named. All
 causes are originally determined by their own officers, the

[ARTICLE 1.]

bailiffs and jurats of the Islands ; but an appeal lies from them to the king and council, in the last resort.

Besides these adjacent islands, our more distant plantations in America and elsewhere, are also in some respects subject to the English laws.....

[107] } What shall be admitted and what rejected, of English laws, at what times, and under what restrictions, must, in case of dispute, be decided in the first instance by their own provincial judicature, subject to the revision and control of the King in Council : the whole of their constitution being also liable to be new-modelled and reformed by the general superintending power of the legislature in the mother-country. But in conquered or ceded countries, that have already laws of their own, the King may indeed alter and change those laws ; but, till he does actually change them the ancient laws of the country remain, unless such as are against the law of God, as in the case of an infidel country. Our American plantations are principally of this latter sort, being obtained in the last century either by right of conquest and driving out the natives (with what natural justice I shall not at present inquire), or by treaties. And therefore the common law of England, as such, has no allowance or authority there ; they being no part of the mother country, but, distinct (though dependant) dominions. They are subject, however, to the control of the parliament ; though (like Ireland, man, and the rest) not bound by any acts of parliament, unless particularly named.

* *Chalmers Colonial Opinions*, } *Mr. West's Opinion on the ques-*
 part. 3 p. 206. } *tion : "How far Colonists carry*
English Laws." In 1720. As to the Common law.—The Common law of England, is the Common law of the Plantations, and all statutes in affirmance of the Common law passed in England, antecedent to the settlement of a colony, are in force

[ARTICLE 1.]

in that colony, unless there is some private act to the contrary ; though no statutes made since those settlements, are there in force, unless the colonies are particularly mentioned.....

Ibid. } *The attorney General Yorke's Opinion on the ex-*
P. 208. } *tension of the statute law. (In 1729.)*

Quære.—Whether such general statutes of England as have been made since the date of the charter of Maryland, and wherein no mention is made of the plantations, and not restrained by words of local limitation, are, or are not, in force, without being introduced there by a particular act of their own?

I am of opinion that such general statutes as have been made since the settlement of Maryland, and are not, by express words, located either to the plantations in general, or to the Province in particular are not in force there, unless they have been introduced and declared to be laws, by some acts of Assembly of the Province, or have been received there by long uninterrupted usage or practice, which may import a tacit consent of the Lord Proprietor and the people of the Colony that they should have the force of a law there.

P. YORKE.

By stat. 25, Geo. 2, Ch. 6, S. 10, it appears that the legislature considered *usage* as sufficient to have extended an act of Parliament to the colonies.

Ibid. } *The opinion of the Attorney and solicitor Henley*
P. 209. } *and Yorke, that the subjects emigrating do carry with*
them the statute law, (in 1757.)

MY LORDS ;

In obedience to your Lordships' commands, signified to us by Mr. Pownall, by letter dated April 1st, 1757, accompanied with an enclosed letter and papers, which he had received from Jonathan Belcher, Esq., Chief-Justice of his Majesty's colony of Nova Scotia, relating to the case of two persons convicted in the courts there, of counterfeiting and uttering Spanish

[ARTICLE 1.]

dollars and pistareens, and requiring our opinion, in point of law, thereon; we have taken the said letters and papers into our consideration, and find that the question upon which the case of those two persons convicted of high treason depends, is this: whether the act of Parliament, 1st Mar. ch. 6, entitled an act that the counterfeiting of strange coins (being current within this realm), the Queen's sign manual or privy seal, to be adjudged treason, extends to Nova Scotia, and is in force there, with respect to the counterfeiting spanish dollars and pistareens in the said Province?

And we are of opinion, first, that it doth not; for that the act is expressly restrained to the counterfeiting of foreign coin, current within this realm, of which Nova Scotia is no part.

Secondly, we are of opinion, that the proposition adopted by the Judges there, that the inhabitants of the colonies carry with them the statute law of this realm, is not true, as a general proposition, but depends upon circumstances: the effect of their Charter; usage; and acts of their Legislature; and it would be both inconvenient and dangerous, to take it in so large an extent.

And thirdly, we are of opinion, that the offence can only be considered as a high misdemeanor, unless there are any provisions in any charter granted to that Province, which make it a greater offence, to which we are entirely strangers.

May 18, 1757.

R. HENLEY.

C. YORKE.

Ibid. } . *The opinion of the attorney and Solicitor-General*
P. 211. } *De Grey and Willes on the extension of acts of Parlia-*
ment to the Colonies, when they are mentioned generally, as do-
minions of the Crown, (in 1767.)

May it please your Lordships;

In obedience to your Lordships' commands, signified to us by M. Pownall's letter of the 12th of June, that we would take

[ARTICLE 1.]

into our consideration an act of Parliament, passed in the 12th of Queen Ann, Stat. 2, ch. 18, entitled “ An act for the preserving of all such ships and goods, which shall happen to be forced on shore upon the coasts of this kingdom, or any other of Her Majesty’s dominions ; ” also, one other act of Parliament passed the 4th of Geo. 1, ch. 12, entitled “ An act for enforcing and making perpetual an act of the 12th year of Her late Majesty, entitled “ an act for preserving all such ships and goods thereof, as shall happen to be forced on shore or stranded upon the coast of this kingdom, or any other of His Majesty’s Dominions, ” and for inflicting the punishment of death on such as shall wilfully burn and distroy ships ; and that we will give our opinion, whether the said acts do extend to, and are in force in His Majesty’s colonies and plantations, in America ; we have taken the same into our consideration, and are of opinion, that as the title of the act of the 12th of Ann. Stat. 2, ch. 13, expressly imports to be “ an act for preserving ships and goods forced on shore, or stranded upon the coasts of this Kingdom or any other of Her Majesty’s dominions, ” and the enacting part has words extending to Her Majesty’s dominions in general, the said act of the 12th of Ann, extends to and is in force in His Majesty’s colonies and plantations in America, notwithstanding the special promulgation of the law ; and some other provisions in it are applicable only to this Kingdom.

We are likewise of opinion, that so much of the Act of 4 Geo. 1, ch. 12, as declares the 12th of Ann, to be perpetual, extends to America. But the third clause of that Act, which introduces a new crime, by a provision altogether independent of the former part of the act, and made to render an Act of the first of Ann, more effectual, we are inclined to think, does not extend to His Majesty’s colonies and plantations in America, that clause being expressed in general terms, without any reference to the colonies ; and the 11th of Geo. 1, ch. 29,

[ARTICLE 1.]

s. 7, which directs the mode of prosecution of those offences, when committed within the body of any county of this realm, or upon the high seas, making no mention of the manner of trial, if such offences should be committed in any of His Majesty's plantations or colonies in America.

June 25, 1767.

W. DE GREY.

E. WILLES.

1 *Huc*, 1ère partie, } L'article 1er du Code Italien s'écarte
 § 3, p. 16. } complètement du système du Code
 Napoléon en ce qui concerne la *publication des lois*. Au lieu
 d'admettre pour les diverses parties du territoire italien des
 délais successifs, après lesquels la loi serait censée connue,
 le Code Italien préfère avec raison adopter un délai uni-
 que, et décide en conséquence que la loi sera partout exécutoire
 le quinzième jour après sa publication.

* 1 *Pandectes Françaises*, } Cependant on peut dire, comme
 sur art. 1, C. N., p. 406. } on le voit au procès-verbal des dis-
 cussions du conseil, que la loi étant connue lorsqu'elle n'est
 encore qu'un projet; que, se multipliant rapidement par
 la voie de l'impression, et circulant dans toute l'étendue de
 la France, avant même qu'elle soit complète; sa promul-
 gation n'ajoute réellement rien à sa publicité; en sorte qu'on
 pourrait, sans inconvénient, la rendre obligatoire du jour
 qu'elle est adoptée au corps législatif.

C'est en effet pour cela qu'en Angleterre il n'y a point
 d'autre promulgation; et que la loi est obligatoire du jour
 que le roi y a donné son approbation.

Gousset sur art. 1 } Dès que les lois et les ordonnances
 C. N. p. 2 et suiv. } ont été promulguées par l'autorité com-
 pétente, elles deviennent, comme le porte le premier article
 du Code civil, exécutoires dans toutes les parties du royaume,

[ARTICLE 1.]

et, lorsqu'elles ne renferment rien de contraire aux lois de l'Evangile et de l'Eglise, tous les sujets qu'elles concernent sont obligés en conscience de s'y conformer. Celui qui résiste à la puissance établie de Dieu, résiste à l'ordre de Dieu même. *Qui resistit potestati, Dei ordinationi resistit* (*Epist. ad Rom.*, cap. 13, v. 2). On se rendrait même coupable d'injustice en refusant de payer soit les impôts directs, soit les impôts indirects (les droits réunis). *Reddite omnibus debita : cui tributum, tributum ; cui vectigal, vectigal* (*Ibid.*, v. 7).

D'après le commandement de Notre-Seigneur, les sujets doivent rendre à César ce qui est à César, comme tous les hommes, grands et petits, princes et sujets, les législateurs eux-mêmes aussi, doivent rendre à Dieu ce qui est à Dieu : *Reddite ergo quæ sunt Cæsaris, Cæsari ; et quæ sunt Dei, Deo* (*Matth.*, cap. 22, v. 21).

C'est sur ce fondement que les saints Pères et les Pasteurs de l'Eglise ont toujours porté les fidèles à payer les impôts, en leur enseignant que l'on ne doit désobéir aux empereurs que lorsque leurs ordonnances sont contraires à la religion ; car alors la loi de Dieu, qui est le Roi des rois, l'emporte sur la loi des hommes : *Obedire oportet Deo majis quam hominibus* (*Act apost.*, cap. 5, v. 29).

Au rapport de nos plus anciens apologistes, je veux dire, des Justin, des Athénagore, des Tatien, des Tertullien, les premiers chrétiens prouvaient, par une scrupuleuse exactitude à concourir à toutes les charges publiques, qu'on ne peut être fidèle à Dieu sans être fidèle au Roi : c'est-à-dire, aux lois du gouvernement, quelle qu'en soit la forme. Ce serait une erreur grossière, dit saint Augustin, que de se croire dispensé, par sa qualité de chrétien, de payer les différents impôts exigés par l'Etat : *Si quis putat, quoniam christianus est, non sibi ecce vectigal reddendum aut tributum, in magno errore versatur* (*In S. Pauli Epistol. ad Rom.*).

[ARTICLE 1.]

Aussi le clergé de France a-t-il condamné, comme séditionnaire et contraire à la doctrine de l'Evangile, la proposition suivante : *Les sujets ne sont pas obligés de payer tributs, quelque justes qu'ils soient* (Voyez les *Mémoires du Clergé, etc.*, tom. I, pag. 737, édit. in-4°).

D'ailleurs, n'est-ce pas un principe d'équité généralement reçu, que personnes ne peut participer aux avantages d'une société, sans contracter l'engagement de contribuer, suivant ses facultés, aux charges publiques, sans lesquelles une société ne pourrait subsister ?

Dira-t-on que le législateur, surtout si la religion est étrangère aux lois, n'entend pas obliger en conscience ?

Une assertion aussi irréfléchie serait contraire à l'ordre public, à l'ordre de Dieu même. Quels que soient les principes du législateur, Dieu veut qu'on observe la loi, lorsqu'elle est juste dans son objet. Ce ne sont point les hommes, c'est le Créateur lui-même qui lie les consciences. D'ailleurs, si le législateur n'entend pas obliger en conscience, pourquoi ne le manifeste-t-il pas ? pourquoi ne déclare-t-il pas que la loi n'est pas une loi ? Car il est de l'essence de toute loi de lier les sujets à l'égard du Souverain.

Id. } Enfin l'on doit, plutôt par devoir de conscience,
P. 4. } dit l'Apôtre, que par la crainte du châtimement, *non propter iram, sed propter conscientiam*, observer toutes les lois émanées de la puissance civile, soit qu'elles exigent quelque sacrifice ou qu'elles défendent ce qui est contraire au bon ordre, soit qu'elles aient pour objet immédiat le bien public ou qu'elles règlent les droit de chaque particulier.

C. N. 1. } Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français, en vertu de la promulgation qui en est faite par l'Empereur.

La promulgation faite par l'Empereur sera réputée connue dans le département de la résidence impériale, un jour après celui de la promulgation ; et dans chacun des autres départe-

[ARTICLE 1.]

ments, après l'expiration du même délai, augmenté d'autant de jours qu'il y aura de fois dix myriamètres (environ vingt lieues anciennes) entre la ville où la promulgation en aura été faite, et le chef-lieu de chaque département.

C. L. 1. } La loi est une déclaration solennelle de la
 } volonté législative.

Id. 2. } La loi ordonne, elle permet, elle défend,
 } elle annonce des récompenses et des peines.
Elle dispose en général, non sur des cas rares ou singuliers, mais sur ce qui se passe, dans le cours ordinaire des choses.

Id. 3. } La coutume résulte d'une longue suite d'actes
 } constamment répétés, qui, par cette répétition et une soumission non interrompue, ont acquis la force d'un consentement tacite et commun.

Id. 4. } Les lois ne pouvant obliger sans être connues,
 } elles seront promulguées par le gouverneur de cet Etat.

Les lois seront adressées aux autorités chargées de les exécuter ou de les appliquer, et à telles autres personnes que la loi a désignées ou pourra désigner, dans la forme et de la manière qui est ou pourra être prescrite pour assurer aux lois la plus grande publicité possible.

Les greffiers de toutes les cours de justice de cet état inséreront dans un registre particulier, tenu à cet effet, le titre de toutes les lois qui leur auront été adressées, avec la date du jour où ils les auront reçues.

Id. 5. } Les lois seront exécutées dans toutes les parties
 } de l'Etat, du moment où la promulgation en aura été faite de la manière prescrite.

Id. 6. } La promulgation faite par le gouverneur, sera
 } réputée connue dans la paroisse où siégera le gouvernement trois jours après celui de la promulgation, et

[ARTICLE 1.]

dans chacune des autres paroisses, après l'expiration du même délai augmenté d'un jour par chaque quatre lieues, entre le lieu où la promulgation aura été faite et le lieu des séances de la cour de chaque paroisse.

Id. 7. } Après la promulgation, personne ne pourra pré-
 } tendre ignorance de la loi.

[ARTICLE 2.]

2. Les actes du parlement provincial sont réputés promulgués :

1. S'ils sont sanctionnés par le Gouverneur, à compter de cette sanction ;

2. S'ils sont réservés, à compter du moment où le Gouverneur fait connaître, soit par proclamation, soit par discours ou message adressé aux corps législatifs, qu'ils ont reçu la sanction royale.

2. The acts of the provincial parliament are deemed to be promulgated:

1. If they be assented to by the Governor, from the date of such assent ;

2. If they be reserved, from the time at which the Governor makes known, either by proclamation, or by speech or message to the legislative council and assembly, that they have received the royal assent.

* S. R. C. } Le greffier du Conseil Législatif inscrira au
 ch. 5, s. 4. } dos de tout acte du parlement de cette province,
 immédiatement audessous de l'intitulé de l'acte, le jour, le
 mois et l'année où le Gouverneur l'a sanctionné au nom de
 Sa Majesté, ou réservé pour la signification du plaisir de Sa
 Majesté ; et dans ce dernier cas, il inscrira aussi au dos de
 l'acte, le jour, le mois et l'année où le gouverneur a signifié
 ou fait connaître, soit dans un discours ou par un message
 adressé au conseil législatif et à l'assemblée législative, ou
 par proclamation, que tel acte a été mis devant Sa Majesté en
 Conseil, et qu'il a plu à Sa Majesté le sanctionner ; et le dit
 endossement sera censé faire partie de l'acte ; et la date de
 la sanction ou signification, (suivant la circonstance,) sera la
 date où tel acte prendra force de loi, à moins qu'il n'y soit
 déclaré qu'il prendra son effet plus tard. 12 Vict., c. 10, s. 2.

[ARTICLE 2.]

* *Acte d'Union*, (3 &) Et qu'il soit statué, que lorsqu'aucun
 4 *Vict. c. 35*,) s. 38. } Bill qui aura été présenté au Gouverneur
 de la dite Province du Canada pour l'assentiment de Sa Ma-
 jesté sera sanctionné par lui au nom de Sa Majesté, tel Gou-
 verneur transmettra, à la première occasion convenable, à
 l'un des principaux Secrétaires d'Etat de Sa Majesté, une
 copie authentique du Bill qui aura été ainsi sanctionné, et
 il sera loisible à Sa Majesté, par ordre en Conseil de déclarer,
 en aucun temps dans les deux années après que tel Secr-
 taire d'Etat l'aura ainsi reçu, sa désapprobation de tel Bill ;
 et la signification de telle désapprobation, ainsi que d'un cer-
 tificat sous le seing et sceau de tel Secrétaire d'Etat, consta-
 tant le jour où il aura reçu tel Bill comme susdit, faite par
 le Gouverneur au Conseil Législatif et à l'Assemblée du
 Canada, par son discours ou par message au dit Conseil Lé-
 gislatif et à la dite Assemblée de la dite Province, ou par
 Proclamation, le rendra nul et sans effet du jour de telle
 signification.

Ibid. } Et qu'il soit statué, qu'aucun Bill qui sera ré-
 S. 39. } servé pour la signification du plaisir de Sa Majesté
 n'aura aucune force ni effet dans la Province du Canada, jus-
 qu'à ce que le Gouverneur de la dite Province ait signifié, soit
 par son discours ou par message au Conseil Législatif et à l'As-
 semblée de la dite Province ou par Proclamation, que tel Bill a
 été soumis à Sa Majesté en Conseil, et qu'il a plu à Sa Majesté
 de le sanctionner ; et qu'il sera fait une entrée dans les jour-
 naux du dit Conseil Législatif de tout tel Discours, Message
 ou Proclamation, et un duplicata de telle entrée devra être
 transmis à l'officier convenable pour faire partie des Records
 de la dite Province ; et aucun Bill qui sera réservé comme
 susdit n'aura aucune force ni effet dans la dite Province, que
 la sanction d'icelui par Sa Majesté n'ait été signifiée comme
 susdit, dans les deux années du jour où il aura été présenté au
 Gouverneur, comme susdit, pour l'assentiment de Sa Majesté.

[ARTICLE 2.]

* S. R. B. C. } Pour lever tous doutes, il est déclaré :—Que
 Ch. 3, S. 1. } les actes et ordonnances de la ci-devant Province du Bas-Canada sont entrés en vigueur le jour où ils ont été respectivement sanctionnés par le Gouverneur au nom de la couronne, à moins qu'une autre époque n'ait été expressément assigné à leur mise en vigueur, et que, le cas échéant où ils auraient été réservés pour la sanction de la couronne, et ensuite sanctionnés, ils ne soient entrés en vigueur qu'à l'époque où la sanction de la couronne a été signifiée par le discours ou le message du gouverneur à la législature, ou par proclamation. 34 G. 3, c. 1,—36 G. 3, c. 1,—I. V. c. 1,—2 V. (2) c. 10.

S. du C. (*Statuts du Canada*) } Le Greffier du Sénat inscrit
 31 Vict., ch. 1, s. 4. } au dos de tout acte du parlement du Canada, immédiatement au-dessous de l'intitulé de l'acte, le jour, le mois et l'année où le Gouverneur Général l'a sanctionné au nom de Sa Majesté, ou réservé pour la signification du plaisir de Sa Majesté ; et dans ce dernier cas, le greffier du Sénat inscrit aussi au dos de l'acte le jour, le mois et l'année où le Gouverneur Général a signifié ou fait connaître, soit dans un discours ou par un message adressé au Sénat et à la Chambre des Communes, ou par Proclamation, que tel acte a été mis devant Sa Majesté en Conseil, et qu'il a plu à Sa Majesté le sanctionner ; et cet endossement sera censé faire partie de l'acte ; et la date de la sanction ou signification (selon le cas) sera la date où tel acte prendra force de loi, à moins qu'il n'y soit déclaré qu'il prendra son effet plus tard.

S. de Q. (*Statuts de Québec*) } Un acte, s'il est sanctionné par
 31 Vict., ch. 6, s. 2. } le lieutenant gouverneur, est censé être promulgué à compter de la date de telle sanction ; s'il est réservé, il est censé être promulgué du jour où le lieu-

[ARTICLE 2.]

tenant gouverneur fait connaître, soit dans un discours; ou par un message adressé au Conseil Législatif et à la Chambre d'Assemblée, ou par Proclamation, qu'il a reçu la sanction du Gouverneur-Général en Conseil.

Ibid. } Le greffier du Conseil Législatif inscrira au dos
Sec. 3. } de tout acte, immédiatement au-dessous de l'intitulé de l'acte, la date à laquelle il a été sanctionné ou réservé par le lieutenant-gouverneur, et dans ce dernier cas, il inscrira aussi au dos de l'acte la date à laquelle le lieutenant-gouverneur a fait connaître que le dit acte a été sanctionné par le gouverneur-général en Conseil; tel endossement fait partie de l'acte; et la date de telle sanction ou signification est la date à laquelle l'acte vient en force, s'il ne spécifie pas une date ultérieure pour cet objet.

Acte de l'Amérique Britannique du Nord (1867), 30 et 31 V., c. 3, s. 57. } Un bill réservé à la signification du bon plaisir de la Reine n'aura ni force ni effet avant et à moins que dans les deux ans à compter du jour où il aura été présenté au gouverneur-général pour recevoir la sanction de la Reine, ce dernier ne signifie, par discours ou message, à chacune des deux chambres du parlement, ou par proclamation, qu'il a reçu la Sanction de la Reine en conseil.

Ces discours, messages ou proclamations, seront consignés dans les journaux de chaque chambre, et un double dûment certifié en sera délivré à l'officier qu'il appartient pour qu'il le dépose parmi les archives du Canada.

Ibid. } Les dispositions suivantes du présent acte, concernant le parlement du Canada, savoir : les dispositions relatives aux bills d'appropriation et d'impôts, à la recommandation de votes de deniers, à la sanction des bills, au désaveu des actes, et à la signification du bon plaisir quant

[ARTICLE 2.]

aux bills réservés, s'étendront et s'appliqueront aux législatures des différentes provinces, tout comme si elles étaient ici décrétées et rendues expressément applicables aux provinces respectives et à leurs législatures, en substituant toutefois le lieutenant-gouverneur de la province au gouverneur-général, le gouverneur-général à la Reine et au secrétaire d'état, un an à deux ans, et la province au Canada.

[ARTICLE 3.]

3. Tout acte provincial sanctionné par le Gouverneur cesse d'avoir force et effet à compter du moment où il a été annoncé, soit par proclamation, soit par discours ou message adressé aux corps législatifs, que cet acte a été désavoué par Sa Majesté dans les deux ans qui ont suivi la réception, par l'un de ses principaux secrétaires d'état, de la copie authentique qui lui a été transmise de cet acte.

3. Any provincial act assented to by the governor, ceases to have force and effect from the time at which it is announced, either by proclamation, or by speech or message to the legislative council and assembly, that such act has been disallowed by Her Majesty, within the two years following the reception by one of her principal secretaries of state, of the authentic copy which has been transmitted to him of such act.

* Voy. *Acte d'union* s. 38, cité sous l'art. 2.

Acte de l'Amérique Britannique du Nord (1867) 30 et 31 V., ch. 3, s. 56. } Lorsque le gouverneur-général aura donné sa sanction à un bill au nom de la Reine, il devra, à la première occasion favorable, transmettre une copie authentique de l'acte à l'un des principaux secrétaires d'Etat de Sa Majesté ; si la Reine en Conseil, dans les deux ans après que le secrétaire d'Etat l'aura reçu, juge à propos de le désavouer ce désaveu, — accompagné d'un certificat du secrétaire d'Etat, constatant le jour où il aura reçu l'acte—étant signifié par le gouverneur-général, par discours ou message, à chacune des chambres du parlement, ou par proclamation, annulera l'acte à compter du jour de telle signification.

Voy. *Sec.* 90, cité sous l'art. 2.

[ARTICLE 3.]

Chitty, Prerogatives, } The prerogative of dissenting-to
Ch. 3, p. 37. } colonial acts is so material to the
 existence of the king's sovereignty, that there can scarcely
 be imagined a case in which such power could not be exer-
 cised.

Id. ch. 6, p. 74, 75. } The discretionary power of assenting or dis-
 senting to an act of Parliament is, in England,
 a high and incommunicable prerogative; though it may be
 communicated to the governor of a colony, with respect to
 acts of the colonial assembly.

The royal assent to a bill (which cannot be given previous to the meeting of parliament, any more than the dissent can be effectually expressed after the session has ended) is proclaimed before the two Houses, assembled in the Lords' House either by the king in person, or by letters patent under the great seal, signed by His Majesty, and declared and notified in his absence, to the Lords and Commons. Before the assent is given, the titles of the acts, which have passed both Houses are read; whereupon, the clerk of the Parliament expresses the assent or dissent. In case of the royal assent to a public bill, the clerk usually declares, "*le roy le veut*;" to a private bill, "*soit fait comme il est désiré*." If the king refuse his assent, the words used are "*le roy s'avisera*." When a bill of supply is passed, it is carried up and presented to the king, by the speaker of the House of Commons, and the royal assent is thus expressed, "*le roy remercie ses loyal subjects, accepte leur benevolence, et aussi le veut*," the king thanks his loyal subjects, accepts their benevolence, and wills it so to be.

[ARTICLE 4.]

4. Une copie authentique des statuts sanctionnés par le Gouverneur, ou dont la sanction a été publiée, comme dit en l'article 2, est fournie par le Greffier du Conseil législatif à l'imprimeur de Sa Majesté, lequel est tenu d'en imprimer et distribuer à ceux y ayant droit, un nombre de copies qui lui est indiqué par l'état que doit lui transmettre, après chaque session, le secrétaire de la province.

4. An authentic copy of the statutes assented to by the Governor, or the assent to which has been published as provided in article 2, is furnished by the clerk of the legislative council to Her Majesty's printer, whose duties it is to print and cause to be distributed, to all entitled thereto, the number of copies mentioned in the list transmitted to him by the provincial secretary, after the close of each session.

* *S. R. C., ch. 5, s. 7.* } Le Greffier du conseil législatif fournira à l'imprimeur de Sa Majesté une copie certifiée de chaque acte du parlement provincial, aussitôt qu'il aura reçu la sanction royale ; ou, si le bill a été réservé, aussitôt que la sanction royale aura été proclamée dans cette province. 8 V., c. 68, s. 2.

S. du C. 31 Vic., ch. 1, s. 9. } Le Greffier du Sénat fournira à l'imprimeur de Sa Majesté une copie certifiée de chaque acte du parlement du Canada, aussitôt qu'il aura reçu la sanction royale, ou si le bill a été réservé, aussitôt que la sanction royale aura été proclamée en Canada.

[ARTICLE 5.]

S. de Q, 31 Vic., } Dès qu'un statut est sanctionné, ou s'il a
ch. 6, s. 4. } été réservé, aussitôt que la sanction au dit
 statut a été signifiée, le greffier du conseil législatif en four-
 nira une copie certifiée en anglais, et une autre en français,
 à l'imprimeur de la Reine, qui sera tenu d'en faire l'impres-
 sion.

ARTICLE 5.

5. Ont droit à cette dis- tribution : les membres des deux chambres de la législature ; les departe- ments publics, corps admini- stratifs et officiers pu- blics spécifiés dans le dit état.	5. The persons entitled to such distribution are : the members of both houses of parliament, and the pu- blic departments, adminis- trative bodies and public officers mentioned in the said list.
--	---

* *S. R. C. ch.* } L'Imprimeur de Sa Majesté sera tenu, immé-
 5, *sec. 8.* } diatement après la clôture de chaque session du
 parlement provincial, ou aussitôt après qu'il sera possible, de
 transmettre par la voie de la poste ou autrement, et de la
 manière la plus économique, le nombre voulu d'exemplaires
 imprimé des actes de la législature, dans la langue anglaise
 ou française, ou dans les deux langues, qu'il aura ainsi im-
 primés aux frais publics, et de les fournir aux personnes ci-
 dessous désignées, savoir :

Aux membres des deux chambres de la législature, respec-
 tivement, le nombre d'exemplaires qui pourra de temps à
 autre être fixé et déterminé par une résolution conjointe des

[ARTICLE 5.]

deux chambres, où à défaut de telle résolution, le nombre d'exemplaires qui sera alors fixé par tout ordre du gouverneur en conseil ; et à ceux des départements publics, corps administratifs et officiers dans toute l'étendue de la province, qui seront spécifiés dans tout ordre qui pourra être émané à cet effet de temps à autre par le gouverneur en conseil ;

Pourvu que si quelque bill reçoit la sanction royale pendant ou avant la fin d'une session du parlement provincial, l'imprimeur de Sa Majesté, sur intimation à cette effet de la part du secrétaire provincial, sera tenu de faire distribuer de la même manière, et aux mêmes personnes, le nombre d'exemplaires prescrit plus haut, à l'égard de tout acte passé dans aucune session du parlement provincial. 8 V., c. 68, s. 3.

Ibid. } Le secrétaire de la province sera tenu, dans les
Sec. 9. } quinze jours qui suivront la clôture de chaque session du parlement provincial, de transmettre à l'imprimeur de Sa Majesté une liste de tous les départements publics, corps administratifs et officiers auxquels les dits exemplaires devront être transmis comme susdit, et de lui donner de temps à autre, selon que l'occasion semblera l'exiger, copie de tous les ordres en conseil qui seront émis en vertu des dispositions du présent acte. 8 V., c. 68, s. 4.

Statuts du Canada, } *Ces sections sont semblables à celles*
 31 *Vic., ch. 1, sec. 10 et 11.* } *suscitées du ch. 5, S. R. C., en substituant le mot Canada à celui de province, etc.*

Statuts de Québec, } Les deux chambres de la législature
 31 *Vic., ch. 6, s. 7.* } pourront de temps à autre, par une résolution conjointe, régler la distribution d'exemplaires imprimés des statuts aux membres des dites chambres ; et à défaut de telle résolution, le lieutenant-gouverneur en conseil passera un ordre à cet effet.

[ARTICLE 6 § 1.]

Ibid. } La distribution de ces exemplaires imprimés aux
Sec. 8. } départements publics, corps administratifs, juges,
 officiers publics et autres personnes dans l'étendue de cette
 province, sera déterminée de temps à autre par un ordre du
 lieutenant-gouverneur en conseil.

Ibid. } Le secrétaire de la province sera tenu de fournir
Sec. 9. } de temps à autre à l'imprimeur de la reine, selon
 que l'occasion l'exigera, copie de tous les ordres en conseil
 qui seront émis en vertu des dispositions du présent acte.

Ibid. } L'imprimeur de la reine sera tenu, aussitôt que
Sec. 10. } possible après la clôture de chaque session de la
 législature, de faire la distribution des exemplaires imprimés
 des dits statuts, en conformité des résolutions conjointes et des
 ordres en conseil ci-dessus mentionnés, et d'en faire la livrai-
 son ou transmission de la manière la plus économique possi-
 ble.

ARTICLE 6.

6. § 1. Les lois du Bas-Canada régissent les biens immeubles qui y sont situés.	}	6. § 1. The laws of Lower Canada govern the immoveable property situate within its limits.
---	---	--

1 *Leclercq, Droit Romain, Tit. prél.* } La division du territoire
sur §2 art. 3, C. N. p. 80-81. } en provinces qui portaient
 les noms de duchés, comtés, marquisats, seigneuries, etc., prou-
 ve, qu'elles étaient anciennement possédées et gouvernées par
 des chefs particuliers, que chacune avait ses lois, ses coutu-
 mes et ses usages ; lorsqu'elles furent réunies sous la domi-
 nation d'un seul, elles continuèrent à suivre leurs lois par-
 culières ; mais les communications entre les habitants d'une

[ARTICLE 6 § 1.]

province et ceux d'une autre, devinrent très-fréquentes, et les immeubles ne furent plus uniquement possédés par des personnes domiciliées dans la province où ils étaient situés, il fallut diviser les lois en personnelles et réelles : celles-ci font l'objet de la 2e partie de cet article (3 C. N.), dont la disposition est conforme à la raison, qui nous dit, que le législateur exerce son empire et sur les personnes et sur les biens du territoire qui lui est soumis. Les Romains n'établirent pas clairement ce principe, parce qu'ils ne se trouvèrent point dans la nécessité de l'appliquer. Des étrangers ne possédèrent pas de fonds dans leur empire, on peut cependant déduire ce principe des lois que je cite, en raisonnant à *contrario sensu*

Extra territorium jus dicenti impune non paretur. *L. 20. ff. de jurisdictione* : joignez

Territorium est universitas agrorum intra fines cujusque civitatis. *L. 239, § 8, ff. de V. S.*

Sed et in locis in quibus res, propter quas contenditur, constitutæ sunt, jubemus in rem actionem adversus possidentem moveri. *L. 3, Cod. ubi in rem actio*, etc.

Pothier. Int. aux coutumes, No. 22. } Les statuts réels d'une coutume ont lieu seulement à l'égard des choses qui sont soumises à son empire ; et ils ont lieu à l'égard de quelque personne que ce soit, même de celles qui sont domiciliées hors de son territoire.

Id. N. 23. } Pour savoir à l'empire de quelle coutume une chose est sujette, il faut distinguer celles qui ont une situation véritable ou feinte, et celles qui n'en ont aucune.

Les choses qui ont une situation véritable, sont les héritages, c'est-à-dire, les fonds de terre et maisons, et tout ce qui en fait partie.

[ARTICLE 6 § 1.]

Les droits réels que nous avons dans un héritage, qu'on appelle *jus in re*, tels qu'un droit de rente foncière, de champart, &c., sont censés avoir la même situation que cet héritage. Pareillement les droits que nous avons à un héritage, qu'on appelle *jus ad rem*, c'est-à-dire les créances que nous avons contre quelqu'un qui s'est obligé à nous donner un certain héritage, sont censés avoir la même situation que l'héritage qui en est l'objet.

Les offices sont censés avoir leur situation au lieu où s'en fait l'exercice. Les rentes constituées sur le Roi, pour le paiement desquelles il y a un Bureau public, sont censées avoir leur situation au lieu où est établi ce Bureau.

Toutes ces choses qui ont une situation réelle ou feinte, sont sujettes à la loi ou coutume du lieu où elles sont situées, ou censées l'être (Voy. No. 24, cité sous l'art. 6, § 2.)

* 1 *Boullenois—Traité de la* } Les lois pures réelles ré-
Personnalité, p. 6, 22^e principe. } glent et dirigent directement
et immédiatement les biens.

Id. } Quand la nature du Statut ne se dé-
P. 7, 25^e principe. } veloppe pas absolument par le mélange
qu'il contient des personnes et des biens il vaut mieux le pré-
sumer réel.

Id. } Les lois pures réelles ne changent, ni
26^e Principe. } n'altèrent l'état de la personne ; elles arrê-
tent seulement l'exercice des actes que lui permet son état, et
cela par rapport à des actes purs réels. Tel est le statut qui
défend à un majeur de disposer de ses propres au-delà
du tiers, du quint, etc.

Id. } Les lois réelles n'ont point d'extension di-
27^e Principe. } recte, ni indirecte hors la juridiction et la
domination du législateur.

[ARTICLE 6 § 1.]

Le domicilié et le non domicilié sont également assujettis aux lois réelles, si ce n'est qu'elles soient expressément restreintes aux simples domiciliés, ou accordées comme privilégiées.

Id. p. 26, } Si la loi dont il s'agit de porter un jugement
et suiv. } est faite pour régler ce que l'homme peut, ou ne peut pas faire, il est important de remarquer si elle concerne l'état de la personne, ou même si elle le trouble, ou non.

Au premier cas il faut ranger cette loi dans la classe des lois personnelles. Au second cas la nature et la qualité de l'acte prohibé ou permis est seulement à considérer ; de sorte que si l'acte est réel, telles que sont les aliénations de biens, le statut sera réel ; si l'acte est personnel, tel qu'est le pouvoir de contracter, le statut sera personnel : au moyen de quoi dans le second cas, il ne faut pas considérer la personne dont le statut règle l'acte, ni le motif de la loi qui étant peut-être pris de la qualité personnelle, aura donné lieu au Statut ; mais le statut prendra sa dénomination de l'objet, ou de la nature de l'acte qui est permis, ou prohibé à la personne. L'empereur Justinien, *in § final. inst. de jur. nat. gent. et civ.* nous en fournit une preuve ; car ayant dit que tout le droit civil n'a pour objet que les personnes, les choses et les actions, il appelle Droits personnels ceux qui ont un objet personnel, et Droits réels ceux qui ont un objet réel, en mettant dans la classe des Droits réels ceux qui regardent les acquisitions, soit entrevifs, soit par testament, soit *ab intestat* ; et la raison, en les caractérisant ainsi, n'est point blessée : car selon que leur objet sera, ou l'engagement de la personne, ou un droit concernant la chose, ils recevront de là leur dénomination ; outre qu'il paraît très convenable de juger de la qualité des statuts plutôt par la chose qu'ils permettent ou qu'ils défendent, ou par l'état et la condition qu'ils donnent à la personne, que d'en juger par ce qui ne fait pas le principal objet de la disposition. C'est pourquoi, si l'on décide des

[ARTICLE 6 § 1.]

différentes espèces de statuts suivant la règle que je donne présentement, on trouvera, si néanmoins cela y fait quelque chose, que ce que l'on aura décidé sur ces espèces, se rapportera aux décisions les plus ordinaires de nos auteurs. Mais avant d'examiner quel droit résulte de l'un et l'autre statut, et quel est le lieu dont nous devons emprunter le Droit, il est préalable d'examiner une troisième espèce de statut, c'est-à-dire, le statut mixte, imaginé par d'Argentré, cet homme d'un génie si subtil. Il estime que le statut est mixte, lorsque la qualité ou la condition de la personne change le Droit et la disposition portée par le statut ; comme quand il est dit, *les roturiers partageront également les Fiefs, et l'ainé des nobles les aura en entier* ; mais c'est en cela que Burgundus a fort à propos critiqué d'Argentré, puisqu'on ne pourrait appeler un statut mixte que celui qui étant formé des deux espèces de statuts, participerait de la nature de l'un et de l'autre. Or, le statut allégué par d'Argentré ne dirige en aucune manière la personne, ni les actions personnelles, et se réduit à régler la succession des biens qui, à la vérité, se partagent, tantôt d'une manière et tantôt d'une autre, selon la qualité des personnes ; mais il est toujours vrai que le statut en question ne dirige que les successions qui sont réelles, puisque nous avons montré ci-devant que pour décider de la nature du statut personnel ou du statut réel, il ne fallait pas s'attacher au motif, ou à la cause qui ont donné lieu à régler ainsi les successions, mais à l'objet et à la chose même, qui est dans la disposition du statut. Burgundus a substitué un autre genre de statut mixte à celui d'Argentré ; mais il n'a pas rencontré plus heureusement. Il estime qu'il est bien mieux de donner pour exemple d'un statut mixte, celui qui défend à un mineur d'aliéner ses biens, et que dans la teneur de ce statut il y a du personnel en ce que le mobilier du mineur y est également compris, lequel se régit par la loi du domicile, en sorte que vous trouverez que la loi est faite à la personne et aux biens. *Dict. tract. N. 2.* Mais en vérité peut-on douter un seul

[ARTICLE 6 § 1.]

moment qu'un statut de cette sorte ne soit un statut réel ? qui niera, en effet, que les meubles aussi bien que les immeubles ne soient compris sous le nom général de biens ? Or, Burgundus ne convient-il pas lui-même, un peu auparavant, que la fonction des statuts personnels consiste à disposer de l'état de la personne, où à diriger ses actes personnels ? Et ces principes peuvent-ils jamais s'accorder avec l'exemple qu'il apporte des biens du mineur ? Nous n'avons pas même besoin d'imaginer un troisième genre de statut, sous prétexte que les meubles de ce mineur, qui sont hors l'étendue de la loi qui lui défend d'aliéner ses biens, sont néanmoins, quoiqu'existant ailleurs, soumis à la disposition de cette loi ; au lieu que les statuts réels n'ont pas coutume de s'étendre au delà des limites du territoire ; mais cela ne forme qu'une raison de douter qui a fait prendre le change à Burgundus, car ce n'est pas parceque le statut est personnel que les meubles de ce mineur y sont soumis, mais parceque les meubles n'ayant point de situation fixe, nous leur en présumons dans le lieu du domicile de la personne à qui ils appartiennent. C'est pourquoi, quelque chose que le Juge du domicile entreprenne d'ordonner touchant les meubles, il ne faut pas dire que le statut du domicile s'étend hors de son territoire, en ce que le statut aura lieu sur les meubles qui sont ailleurs, ni même que ce statut soit personnel ; mais il en faut plutôt conclure que ce Juge a droit d'en ordonner, parceque les meubles sont présumés avoir leur situation dans le lieu du domicile. C'est pourquoi je ne saurais trop m'étonner de ce que d'Argentre appelle le statut qui régit les meubles un statut personnel, en oubliant lui-même la définition qu'il en avait donnée précédemment, qui est que les statuts personnels sont ceux qui disposent du droit universel de la personne, abstraction faite de toute matière réelle ; ce qui ne saurait convenir aux statuts qui disposent des meubles, et ce qui montre évidemment que les statuts ne peuvent bien se diviser qu'en deux sortes,

[ARTICLE 6 § 1.]

savoir, en personnels et en réels, et qu'il n'y en a point de mixtes.

Id., p. 39. } Le statut dispose simplement de la personne
et des actes purs personnels, ou il dispose seulement des choses, ou il dispose de la personne et des choses.

Le statut qui dispose simplement de la personne ou de quelques actes personnels, est incontestablement un statut personnel; il affecte la personne, en la rendant capable ou incapable par état et par condition.

Le statut qui dispose simplement des choses, est un statut réel. Il affecte les choses, en leur imprimant une aptitude ou inaptitude à être vendues et aliénées.

Enfin le statut qui dispose de la personne et des choses est personnel, dans le cas où disposant des personnes et des choses, il les affecte les uns et les autres, et cela n'arrive que dans le cas où la loi commande à ses domiciliés, et aux choses par la suite et la conséquence de l'état de la personne; mais s'il dispose des personnes dans un sens vague et général, et des choses dans un sens étroit et rigoureux il est réel.

Id., p. 41. } Quand donc nous demandons si un statut est
personnel ou réel, nous n'envisageons ce statut que par l'affectation et l'impression qu'il fait sur la chose ou sur la personne. Nous disons qu'un statut est personnel, lorsqu'il imprime dans la personne un certain état de capacité ou incapacité personnelle, lorsqu'il donne à la personne les facultés habituelles nécessaires pour le commerce de la vie civile, ou lorsqu'il les lui ôte en tout ou en partie; et nous le disons réel, quand il ne règle que les choses, et que son objet principal est de déterminer le sort et la destination de ces choses.

[ARTICLE 6 § 1.]

Voy. *Laurière* sur 88 C. de P. cité sous art. 6 § 2.

* 1 *Félix (Demangeat) Liv. 1, Tit. 2, } Nous allons indiquer,
No. 60, p. 121. } dans l'ordre des matières*
du Code Civil français, une partie des cas d'application du Statut réel. La loi de la situation de l'immeuble décide si un objet corporel ou un droit incorporel attaché à un immeuble (par exemple, une rente foncière) est lui-même meuble ou immeuble, sans égard à la personne du propriétaire ou créancier ; si le propriétaire d'un immeuble acquiert de plein droit, par accession, les fruits de cet immeuble ou les objets qui s'y unissent et incorporent. Cette loi régit l'acquisition, par la force de la loi, d'un usufruit ou d'une servitude, le mode d'acquérir la possession réelle de ces droits, leur étendue, les droits et obligations de la personne à qui est dû l'usufruit ou la servitude, et ceux du propriétaire de l'immeuble : c'est ainsi que l'usufruit paternel ou maternel (Art. 384 du Code Civil français) ne peut être exercé qu'autant que la loi de la situation l'autorise. Cette loi régit également, abstraction faite de la capacité générale de l'individu tout ce qui concerne la succession *ab intestat* dans les immeubles et le partage de cette succession, la capacité de disposer d'un immeuble ou de le recevoir par donation entrevifs ou par testament, la quotité de la portion disponible, l'investiture réelle de la personne gratifiée (Art. 939 du Code Civil français). (Un arrêt de la Cour de Paris, du 20 Décembre 1812 (Sirey, 1813, II, 260), range aussi dans cette catégorie la condition de l'acceptation de la donation par le donataire), les prohibitions de disposer entre époux, le mode de transmission à titre onéreux de la propriété des immeubles (Art. 1138 et 1583 du même Code), tout ce qui est relatif au régime dotal, les prohibitions portées contre certains individus de se rendre acquéreurs d'immeubles ou de les aliéner, les obligations qui

[ARTICLE 6 § 1.]

naissent de la vente d'un immeuble, les causes qui en opèrent la nullité, la résolution ou la rescision (Art. 1617, 1620, 1597, 1659, 1674 et 1699 du même Code), les rapports créés par l'échange d'immeubles, les obligations résultant du louage ou de l'antichrèse d'immeubles; les droits de privilège, ou d'hypothèque légale, conventionnelle et judiciaire, sur les immeubles, les formes prescrites pour l'acquisition et la conservation des mêmes droits réels, l'expropriation forcée et l'ordre des créanciers, ainsi que la prescription acquisitive des immeubles ou la prescription extinctive des actions immobilières.

La loi du domicile des parties ou de celle qui dispose seule serait applicable, si, dans l'un ou l'autre des cas que nous venons de passer en revue, il s'agissait de biens meubles seulement. (Voy. No. 61 cité sous art. 6 § 2).

* *I Marcadé,* } Recherchons maintenant l'importance, la
No. 75, p. 54. } portée, les conséquences de cette distinction
des lois en réelles et en personnelles.

Il résulte des termes de notre article que les lois qui s'appliquent aux immeubles régissent ceux-là mêmes qui appartiennent à des étrangers; et que les lois personnelles ne s'appliquent qu'aux personnes françaises, mais les suivent jusqu'en pays étranger.

Ceci fait comprendre qu'il faut rejeter au loin cette idée, dont il serait assez naturel d'être préoccupé, qu'une personne ne peut jamais rien avoir à démêler avec d'autres lois que celles de son pays. On conçoit, en effet, que l'application de tel ou tel statut, faite à un bien, réfléchit forcément sur les personnes, lesquelles se trouvent, par l'effet de ce statut, pouvoir ou ne pouvoir pas transmettre ou recevoir ce bien. Cette action des lois Françaises sur des biens appartenant à des étrangers, et, par contre-coup, sur ces étrangers eux-

[ARTICLE 6 § 1.]

mêmes, peut étonner au premier coup d'œil ; mais elle n'a cependant rien que de très-naturel et de très-logique.

Le souverain a puissance autant sur les biens qui constituent son territoire que sur les personnes qui forment son peuple, et de même qu'aucune de ces personnes ne peut-être soustraite à sa surveillance, de même, aucun de ses biens ne peut-être soustrait à son administration. Son action sur ces biens est même plus stable, plus complète que celle qu'il exerce sur les personnes, puisque ces personnes peuvent échapper à cette action, soit en fait, soit même en droit, en renonçant à la qualité de Françaises. En outre, permettre qu'un territoire soit fractionné juridiquement pour que ces parties diverses soient régies par des lois émanées de législateurs divers, ce serait briser l'indivisibilité de la souveraineté. Il est donc de l'essence des choses que tous les immeubles formant le territoire d'une nation soient régis par les lois de cette nation, et l'on est conduit logiquement à reconnaître des *choses françaises, anglaises, allemandes, etc.*, soumises aux *lois réelles françaises, anglaises, allemandes etc.*, comme on reconnaît des *personnes françaises ou étrangères* soumises aux *lois personnelles françaises ou étrangères*.

Il y a donc les lois des choses comme il y a les lois des personnes ; et de même que le résultat de nos lois personnelles peut se formuler en disant : *Les personnes françaises peuvent ou ne peuvent pas.....* (se marier avant tel âge, disposer de leurs biens dans telles circonstances,) *et ce, dans quelque lieu qu'elles se trouvent* ; de même on pourrait formuler le résultat des lois réelles en disant : *Les choses françaises peuvent ou ne peuvent pas.....* (par exemple sortir de la famille pour plus de moitié, quant il y a un enfant légitime de cette famille), *et ce à quelque propriétaire qu'elles appartiennent*.

[ARTICLE 6 § 1.]

* 1 *Toullier No. 119.* } Un étranger qui posséderait des im-
 } meubles en France n'en pourrait dispo-
 ser que suivant les lois françaises. Il ne pourrait donner
 plus que ces lois ne permettent, ni donner la quotité dispo-
 nible aux personnes qu'elles déclarent incapables de recevoir.

1 *Boileux, Tit. prél.* } ...La loi déclare que les immeubles
 p. 23. } situés en France, même ceux possédés
 par des étrangers, sont soumis au statut réel; en d'autres
 termes, qu'ils sont régis par la loi française. Cette mesure
 est d'ordre public : on a considéré que l'application des lois
 étrangères eût jeté dans l'Etat la confusion et le désordre.
 Par suite, nous déciderons, conformément aux règles que
 nous avons établies, qu'ils ne peuvent être hypothéqués que
 dans la forme prescrite par les articles 2127, 2128 et 2129 du
 Code Civil; qu'une femme étrangère, mariée sous le régime
 dotal, ne peut aliéner les immeubles dotaux qu'elle possède
 en France que dans les cas où cette aliénation est permise
 par la loi Française; que les donations d'immeubles, faites
 même par des étrangers, sont réductibles lorsqu'elles excè-
 dent la quotité disponible fixée par les arts. 913 et 915 etc;
 que la transmission des immeubles a lieu *ab intestat* confor-
 mément aux règles du titre 1er, liv. 3, lors même qu'ils font
 partie de la succession d'un étranger; que le partage d'un
 immeuble situé en France, dépendant d'une succession ou-
 verte même à l'étranger, doit être ordonnée par les tribunaux
 français, si les héritiers le demandent avant que la liquida-
 tion de la succession ait été opérée en pays étranger, etc.

18 *Merlin Rép., vo. loi, § 6, No. 2,* } Si, de ce qu'aux termes
 p. 430-431 } du § 2 de cet article (C. N, 3,) "
 " les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont
 régis par la loi française," il résulte sans difficulté,

[ARTICLE 6 § 1.]

Que l'étranger qui possède des immeubles en France, ne peut, comme les français, en disposer à titre gratuit au préjudice de ses enfants ou de ses ascendans, que jusqu'à concurrence de la quotité déterminée par les art. 913 et 915 du Code Civil ;—qu'il ne peut les hypothéquer que par les mêmes moyens et les mêmes formalités qu'il pourrait le faire s'il était français ; qu'ils seront régis dans sa succession *ab intestat*, non par la loi de son pays, mais par la loi française ;

Peut-on dire pour cela que la loi étrangère doit toujours indistinctement, même à l'égard des immeubles possédés en France par des étrangers, se taire devant la loi française ?

Non ; il est deux cas où c'est au contraire la loi française qui doit céder à la loi étrangère.

Le premier est, lorsque la validité des transactions ou dispositions relatives à ses immeubles, est subordonnée à la capacité ou à l'incapacité des étrangers qui les font.

Le deuxième est quand la loi étrangère sous laquelle des contrats ont été passés par les étrangers possesseurs de ces immeubles, a été adoptée par les contractans et convertie par eux en pacte exprès.

Alors, en effet, ce n'est pas comme loi qu'elle agit sur les immeubles situés en France, c'est seulement comme convention.

Mais si les contractans ne l'ont pas expressément adoptée, peut-on, de la seule circonstance que le contrat a été passé dans son territoire, induire qu'il se sont soumis conventionnellement à ses dispositions, et que ces dispositions doivent être exécutées *vi conventionis* sur les immeubles de France ?

En thèse générale, nul doute sur l'affirmative.

Dans les contrats, dit une célèbre loi romaine, il faut toujours s'attacher à ce que les parties ont voulu ; mais si leur commune intention n'est pas manifestée clairement par ce

[ARTICLE 2 § 1]

qu'elles ont exprimé, on doit suppléer à leur silence par l'usage du pays où elles ont traité (*L. 34, de reg. jur.*) Tout ce qui est d'usage dans les pays où l'on contracte, dit une autre loi non moins connue, est censé entrer tacitement dans les conventions des parties (*L. 31, § 20 D. de ædilitio edicto.*) Et la même règle se retrouve dans le code civil; *ce qui est ambigu*, porte l'art. 1159, *s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé.*

Inutilement prétendrait-on que cette règle ne doit avoir lieu que dans le cas où les contractans sont citoyens ou sujets du pays où ils traitent ensemble.

Quelle serait, dans ce système, la loi qui devrait interpréter un contrat passé en France entre deux étrangers dont l'un serait Espagnol et l'autre Allemand? Il n'y aurait certainement pas plus de raison pour l'interpréter par la loi espagnole que par la loi allemande. Force serait donc de l'interpréter par la loi française. Or, pourquoi, dans cet hypothèse, la loi française, devrait-elle être prise pour règle d'interprétation? Ce ne serait pas précisément parce qu'il n'y en aurait pas d'autre qui pût servir d'interprète à la volonté des contractans; ce serait uniquement parcequ'il est de principe que les contractans sont censés, en traitant dans un pays, se soumettre aux lois qui y régissent les contrats. Ce principe est donc applicable à tous les cas.

Ce principe admet pourtant une modification par rapport au contrat de mariage; et elle consiste en ce que ce contrat étant toujours censé passé, non dans le lieu où le mariage se célèbre, mais (comme le décide la loi 65, *D. de judiciis*) dans celui où les époux se proposent, en le célébrant, de fixer leur domicile, et que l'on appelle, par cette raison, le *domicile matrimonial*, c'est par la loi de ce lieu que l'on interprète, s'il n'en a pas été rédigé par écrit.

Mais cette modification ne change rien au principe: elle n'influe que sur la détermination de ce qu'on doit entendre par la loi du lieu du contrat.

[ARTICLE 6 § 1.]

Ainsi, qu'un homme et une femme étrangers à la France, et domiciliés sous une loi qui n'admet pas de plein droit la communauté des conquêts immeubles, se marient, n'importe en quel lieu, sans régler leurs droits nuptiaux par aucun acte ; que, pendant le mariage, le mari acquierre des immeubles en France, et qu'il meure sans les avoir aliénés : la veuve ne pourra pas en réclamer la moitié, sur le fondement que la loi française rend de plein droit communs aux deux époux les immeubles qui sont achetés par le mari, à moins qu'il n'y ait été dérogé par le contrat de mariage ; pourquoi ? Parce qu'en se mariant sans contrat, les époux sont censés s'en rapporter à la loi de leur domicile matrimonial, et que, par là, il se forme entre eux une convention tacite qui a la même autorité qu'une convention expresse. C'est ainsi que, sous notre ancienne jurisprudence où la communauté conjugale avait lieu de plein droit dans la plupart des coutumes, et seulement en cas de stipulation dans les pays de droit écrit, si des personnes domiciliées à Lyon s'y mariaient sans stipuler de communauté, la femme n'avait rien à prétendre aux acquisitions que le mari faisait dans la coutume de Paris. Et c'est d'après le même principe, qu'au contraire, lorsque des personnes domiciliées à Paris s'étaient mariées, sans contrat de mariage, la communauté légale qui avait lieu dans ce cas, s'étendait à toutes les acquisitions que le mari pourrait faire même dans les pays de droit écrit.

1 *Duranton, Tit. prél.* } La défense de donner les biens à
No. 85, p. 51. } venir autrement que par contrat de
 mariage peut être aussi considérée comme un statut réel. La
 cour de cassation l'a ainsi jugé par arrêt de rejet, le 3 mai
 1815. *Sirey, 1815, 1, 312.*

Voy. autorités citées sous les § 2, 3, 4 du présent article.

[ARTICLE 6 § 1.]

Sirey, C. C. sur art. 3. } Pour l'application du principe écrit
 C. N. No. 23. } dans l'art 3, que *les immeubles sont régis*
par la loi française, il importe de savoir quelles sont les dis-
 positions de lois ayant le caractère de statuts *réels*, c'est-à-dire
 s'occupant particulièrement des biens, et quelles sont celles
 ayant le caractère de statuts *personnels*, c'est-à-dire détermi-
 nant l'état et la capacité des personnes. (V. Cass. 27 fév. 1817,
 et 2 mai 1825). On peut consulter à cet égard parmi les au-
 teurs anciens, Dumoulin, *Comm. sur les cout.*; D'Argentré,
Cout. de Bretagne; Bouhier, *Cout. de Bourgogne*, ch. 25; Voët
 (Paul) *des statuts*; Voët (Jean), *Comm. ad Pandect*, tit. *de legib*;
 Froland, *nature et qualité des statuts*; Prévôt de la Jannès, 3^e
 disc. en tête des *princip. de jur. fr.*; Boullenois, *personnalité et*
réalité des statuts; Pothier, *Intr. gén. aux Cout.* No. 6 et suiv.;
 et parmi les auteurs modernes. Merlin, *Rép. vo Loi* § 6 et *vo*
statuts; Proudhon t. 1, p. 54; Chabot, *quest. transit.* t. 1, p. 24
 et 5; Delvincourt, t. 1, p. 187 (édit. de 1819); Duranton, t. 1,
 Nos. 79 et 80; Fœlix p. 29 et 5, Rolland de Villargues, *Rép. du*
not. (2^e Edit.) *vo statuts*; Fœlix Dr. internat, nos. 19 et 8;
 Mailher de Chassat, *Tr. des statuts* (1845),

Ibid. } Voici quelques exemples de statuts réels ou person-
 No. 24 } nels tirés des auteurs ou de la jurisprudence.

Ibid. } Sont des statuts *réels* les lois concernant la division
 No. 26 } des successions en lignes, par tête ou par souche, la
 représentation et les rapports, le partage, le paiement des
 dettes, la garantie des lois. Delvincourt, t. 1, p. 186, notes.

Ibid. } Mais les lois déterminant la capacité de succéder et
 No. 27 } les causes d'indignité sont des statuts personnels. *Ibid.*

Ibid. } La défense de donner ses biens à venir autrement
 No. 29 } que par contrat de mariage, régit les immeubles si-
 tués en France, il ne s'agit là ni de la forme de l'acte, ni de
 capacité du donateur, mais de la disponibilité de biens, 3 mai
 1815, Cass. (S. 15. 1. 352. C. N. 5. D. A. 5. 503) *Sic*, Duranton,
 t. 1. No. 85.

[ARTICLE 6 § 1.]

Ibid. } Bien qu'une succession se soit ouverte en pays
No. 31. } étranger, au profit d'héritiers étrangers, c'est devant
les tribunaux français que doit être portée l'action en partage
des biens de cette succession, situés en France, 12 août, 1817,
Colmar. (S. 18, 2, 290 ; C. N. 5. D. A. 3. 306.) *Sic* Coin-Delisle,
Jouiss. des dr. civ. p. 39. No. 19.

Ibid. } Jugé encore que c'est d'après la loi française et par
No. 32. } les tribunaux français, que doit être réglé le partage
des immeubles composant la succession d'un étranger en
France, bien qu'il soit décédé en pays étranger. Et alors même
que ces biens auraient été l'objet d'un avantage en faveur de
l'un des successibles et qu'il y aurait lieu à rapport, c'est en-
core aux tribunaux français, sans qu'il soit besoin de recourir
aux tribunaux étrangers pour connaître la consistance géné-
rale de la succession, et savoir d'après cela s'il y a lieu au
rapport. le rapport ne devant être ordonné par les tribunaux
français que relativement à la masse ou valeur des biens situés
en France, 14 mars, 1837 Cass. (S. V. 37. 1. 195. D. P. 37, 1,
275. P. 37. 1. 211).

Ibid. } La question de savoir si l'héritier bénéficiaire
No. 37. } est déchu de son bénéfice, par l'aliénation d'im-
meubles de la succession sans formalités de justice, doit se
décider uniquement par la loi de la situation des biens vendus,
sans avoir égard à la loi du lieu de l'ouverture de la succes-
sion 26 Jan. 1818, Rej. (S. 18, 1, 256 ; C. N. 5. D. A. 12. 389.)

Ibid. } Les dispositions concernant l'hypothèque et la
No. 40. } forme dans laquelle elle doit être constituée, sont
des statuts réels. Merlin, Rép. vo. Loi § 6 N. 2 ; Delvincourt,
p. 186 ; Toullier, t. 1. N. 114 ; Duranton, N. 82 ; Marcadé p. 81.

Ibid. } Sur le point de savoir si les biens possédés en
No. 40 bis. } France par des étrangers, sont frappés de l'hypo-
thèque légale de leurs femmes ou pupilles. V. les autorités

[ARTICLE 6 § 1.]

citées à cet égard sous l'art. 2121 ; V. aussi la dissertation qui accompagne dans la collect. nouv. Devilleneuve et Carette, un arrêt de Liège du 16 mai 1823 (Vol. 7, 2. 212).

Ibid. } Sont également des statuts réels, les dispositions
No. 41. } relatives à l'expropriation : elles régissent donc les
biens appartenant à des étrangers, Duranton, Merlin et Mar-
cadé, *loc cit.*

Ibid. } Au reste, en ce qui touche l'exécution, on doit
No. 42. } nécessairement et par la force des choses, suivre la
loi du pays où cette exécution a lieu—Delvincourt, p. 188 ;
Duranton No. 92.

* C. N. 3. } Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux
qui habitent le territoire.

Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers,
sont régis par la loi Française.

Les lois concernant l'état et la capacité des personnes ré-
gissent les Français, même résidant en pas étranger.

[ARTICLE 6 § II.]

6. § II. Les biens meubles sont régis par la loi du domicile du propriétaire. C'est cependant la loi du Bas-Canada qu'on leur applique, dans les cas où il s'agit de la distinction et de la nature des biens, des privilèges et des droits de gage, de contestations sur la possession, de la juridiction des tribunaux, de la procédure, des voies d'exécution et de saisie, de ce qui intéresse l'ordre public et les droits du souverain ainsi que dans tous les cas spécialement prévus par ce code.

6 § II. Moveable property is governed by the law of the domicile of the owner. But the law of Lower Canada is applied whenever the question involved relates to the distinction or nature of the property, to privileges and rights of lien, contestations as to the possession the jurisdiction of the Courts and procedure, to the mode of execution and attachment, to public policy and the rights of the crown and also in any other cases specially provided for by this code.

* 1. *Fœlix (Demangeat) Liv. 1, } La règle d'après laquelle la*
Tit. 2, No. 61. } loi du territoire régit tous les
 biens qui y sont situés est appliquée uniquement aux immeubles et ne s'étend pas sur les meubles. Plusieurs auteurs pensent même que la loi du territoire ne régit pas les immeubles compris dans l'universalité de la succession d'un individu. Il nous paraît hors de doute que, quant aux meubles, le statut personnel doit l'emporter sur le statut réel; mais c'est exagérer évidemment la partie du statut personnel que de prétendre lui soumettre des immeubles par le motif qu'ils font partie d'une succession.

Par la nature des choses, les meubles, soit corporels, soit incorporels, n'ont pas à l'égal des immeubles, une assiette fixe dans l'endroit où ils se trouvent de fait, ils dépendent nécessairement de la personne de l'individu à qui ils appar-

[ARTICLE 6 § II.]

tiennent, et ils subissent la destination qu'il leur donne. Chaque individu étant légalement censé avoir réuni sa fortune au lieu de son domicile, c'est-à-dire au siège principal de ses affaires, on a toujours regardé en droit les meubles comme se trouvant au lieu du domicile de celui à qui ils appartiennent, peu importe si, de fait, ils se trouvent ou non au dit lieu. Par une fiction légale on les considère comme suivant la personne et comme étant soumis à la même loi qui régit l'état et la capacité de cette personne ; et nous avons vu (*suprà*, No. 27) que cette loi est celle du domicile (*mobilier sequuntur personam : mobilia ossibus inhaerent*). En d'autres termes, le statut personnel gouverne les meubles corporels ou incorporels. Ce statut, à leur égard, est réel, par suite de la fiction qui les répute se trouver au lieu régit par ce même statut. (Le statut personnel, en tant qu'il régit les meubles, est un statut variable : il change avec le domicile ou la nationalité du propriétaire. Le statut réel, au contraire, qui régit les immeubles, reste toujours la même).

Tel a toujours été le sentiment presque unanime des auteurs et des Cours de justice. Témoin : Dumoulin, Chopin, Bretonnier, d'Argentré, Brodeau, Lebrun, Poullain du Parc, Burgundus, Rodenburg, Abraham à Wesel, Paul Voët, Jean Voët, Sande, Christin de Mean, Gail, Carpsoo, Wernher, Mevius, Franské, Boullenois, Cochin, Bouhier, Pothier, Struve, Legser, Huber, Hert, Hommel, Argou, Danz, Glück, Thibaut, Merlin, MM. Mittermaier, Seuffert, de Wening-Ingenheim, Hauss, Meier, Favard, Duranton, Kent, Story, Wheaton, Rocco, Burge, Taulier, Valette et Schæfner.

Quatre auteurs seulement ne sont pas entièrement d'accord en cette matière, avec ceux que nous venons de citer : ce sont Tittmann, M. Muhlenbruc, M. Eichhorn, et M. de Wächter.....

Les anciens auteurs appliquent la règle non-seulement aux meubles appartenant aux nationaux habitant les ressorts de

[ARTICLE 6 § II.]

diverses Coutumes, mais encore aux meubles des aubains ou étrangers (voy. surtout Brodeau, Chopin et Poullain du Parc) (toutefois il est certain que le droit d'aubaine frappait les meubles laissés en France par les étrangers aussi bien que les immeubles.) Quant aux auteurs plus récents, ils adoptent de la manière la plus formelle l'application aux meubles des lois étrangères formant le statut personnel des propriétaires.

La question se présente surtout par rapport aux successions *ab intestat* et aux dispositions de dernière volonté, et c'est aujourd'hui un principe incontesté que, dans l'un et l'autre cas, les meubles corporels et incorporels sont régis par le statut personnel de celui à qui ils appartiennent, qu'il soit régnicole ou étranger. (En ce qui concerne les dispositions de dernière volonté, comme en ce qui concerne les dispositions entre-vifs, il faut d'abord vider la question de capacité ; à cet égard, peut importe que la disposition ait pour objet des meubles ou des immeubles, c'est toujours la loi personnelle qui sera applicable. De même, quand il s'agit d'interpréter l'acte de disposition, de rechercher la volonté du disposant, en principe, pour savoir quelle loi doit être consultée, il n'y a pas à distinguer entre les meubles et les immeubles).

Merlin, dans son plaidoyer du 15 juillet 1811, (*Répert. Vo. Jugement*, § 7 bis,) avait d'abord embrassé une opinion contraire à celle des autres auteurs que nous avons cités ci-dessus : il soutenait que la fiction de droit qui répute les meubles situés au lieu du domicile, ne s'applique que lorsqu'ils se trouvent dans la même souveraineté. Mais le savant jurisconsulte est revenu sur cette opinion, dans un article ajouté dans les dernières éditions du *Repertoire de Jurisprudence*, (vbo. loi, § 6. No. 3) ; il explique en même temps que l'article 3 du code civil a laissé subsister les anciens principes, et que les meubles appartenant à des étrangers sont régis par les lois de leur domicile. “ L'art. 3 du code civil, ” dit il, “ se réfère au principe général que les propriétés mobilières suivent la personne et sont censées n'avoir

[ARTICLE 6 § II.]

“ pas d'autre situation que celle de son domicile..., non-seu-
 “ lement par rapport aux Français, mais encore par rapport
 “ aux étrangers. La fiction de droit qui répute les meubles
 “ situés dans le domicile de la personne à qui ils appartiennent... ne devrait pas à la rigueur, dépasser les frontières
 “ de cette souveraineté. Mais la loi qui l'établit dans un état,
 “ ou qui, sans l'établir expressément, l'y suppose, comme le
 “ code civil, en pleine vigueur, peut se prêter, par une sorte
 “ de courtoisie, à ce qu'elle agisse même au dehors ; et telle
 “ est évidemment la pensée de Voet, lorsque, dans son com-
 “ mentaire sur les Pandectes (liv. 1, Tit. 4, part. 2, No. 11),
 “ après avoir établi, à l'exemple d'un grand nombre de doc-
 “ teurs qu'il cite, qu'en ce qui concerne la faculté de tester,
 “ les contrats et autres actes, les meubles, en quelque endroit
 “ qu'ils se trouvent, doivent être régis par la loi du domicile,
 “ il ajoute : Toutefois, si vous voulez rejeter ces fictions de
 “ droit comme s'écartant de la raison naturelle, qu'il faut
 “ prendre seule en considération dans cette matière, attendu
 “ qu'elles supposent un seul législateur commun qui les in-
 “ troduit et consacre par sa législation, je me rangerai aussi
 “ de cette opinion, et je dirai que la règle suivant laquelle les
 “ meubles sont régis par la loi du domicile du propriétaire est
 “ plutôt la conséquence de la convenance mutuelle des na-
 “ tions qu'elles ne résultent de la rigueur du droit et de la
 “ puissance qui appartient à tout magistrat sur les meubles
 “ existant dans son territoire.

“ Or, n'est-ce pas là ce que fait l'art. 3 ? son silence sur les
 “ meubles étant le même par rapport aux étrangers que par
 “ rapport aux français, quoi de plus naturel que d'y suppléer,
 “ pour les premiers, de la même manière que pour les seconds,
 “ et de dire qu'il laisse les meubles des uns comme des autres,
 “ à la disposition de la loi de leurs domiciles respectifs ? ”

Conformément à ce principe, la Cour de Cassation, par
 arrêt du 2 juin 1806 (Sirey, 1806, II, 967) a déclaré nul le

[ARTICLE 6 § II.]

legs de chose mobilières faite par la femme au mari sous l'empire d'une loi qui prohibait ces dispositions. De même la Cour royale de Paris, par deux arrêts, des 1^{er} février 1836 et 3 février 1838, a jugé que la succession mobilière d'un étranger décédé en France se partage d'après la loi du domicile du défunt.

Chabot, dans son commentaire sur la loi des successions, art. 726, adopte également le principe professé par Merlin, en s'exprimant dans les termes suivants : " Quant au mobilier, " comme il est censé se trouver dans le domicile du défunt, " d'après l'adage *mobilia ossibus personæ inhærent*, on a " reconnu, dans toutes les législations, qu'il doit être régi par " les lois du domicile." Puis, déduisant les conséquences de ce principe, l'auteur arrive à une conclusion diamétralement opposée à celle qu'entraînait la prémisse. Si les meubles suivent la condition de la personne, il est évident que les successions des étrangers décédés en France doivent être régies, quant au mobilier qui en fait partie, par la loi étrangère du domicile du défunt. Chabot dit, au contraire, " que " on ne pouvait donc, sans violer toutes ces règles du droit " public, faire régir par des lois étrangères les successions ou- " vertes en France, soit pour le mobilier, soit pour les immeu- " bles situés en France." Nous regrettons qu'aucun des jurisconsultes qui ont dirigé les réimpressions récentes de l'ouvrage de Chabot n'ait signalé cette contradiction flagrante.

Idem, No. 62. } Nous avons vu que la règle suivant la-
 } quelle les meubles sont régis par la loi du
 domicile de celui à qui ils appartiennent repose sur le rap-
 port intime entre les meubles et la personne du propriétaire,
 sur une fiction légale qui les répute exister au lieu du domi-
 cile de ce dernier. De là il suit que cette règle ne peut s'ap-
 pliquer qu'aux circonstances ou actes dans lesquels les meu-
 bles n'apparaissent que comme un accessoire de la personne ;

[ARTICLE 6 § II.]

par exemple, en cas de succession *ab intestat*, de dispositions de dernière volonté ou entre vifs (tels que les contrats de mariage exprès ou tacites). (Le régime matrimonial quant aux biens est gouverné, en principe, par la loi du domicile du mari, sans qu'il y ait à distinguer entre les meubles et immeubles.) La règle est sans application à tous les cas où les meubles n'ont pas un rapport intime avec la personne du propriétaire : par exemple, lorsque la propriété de meubles est réclamée et contestée, lorsqu'on invoque la maxime qu'en fait de meubles possession vaut titre ; lorsqu'il s'agit d'exercer un droit de gage, des privilèges ou des voies d'exécution sur les meubles, d'en prohiber l'aliénation, d'en prononcer la confiscation ou de déclarer une succession mobilière en deshérence au profit du fisc, ou enfin d'interdire l'exportation des meubles. Dans tous ces cas, il faut appliquer la loi du lieu où les meubles se trouvent effectivement ; car la dite fiction cesse par le fait. Par rapport aux privilèges sur les meubles, Hert soutient l'opinion contraire, en faisant observer que toute les questions de privilège sur les meubles doivent être décidées dans le lieu du domicile du débiteur, par suite de la connexité des causes. Cette opinion revient à celle qui attribue à la loi du domicile son effet sur l'universalité des biens meubles et immeubles d'un individu : nous réfuterons cette opinion au No. 66, du moins en ce qui concerne les successions.

Ce que nous venons de dire des meubles s'applique non-seulement aux meubles corporels, mais aussi aux meubles incorporels ; il y a identité de raison.

* 1. *Boullenois p. 8 princ.* } Mais le statut personnel du domi-
 général. 30^e Principe. } cile qui se trouve en concurrence
 avec un statut réel, soit du domicile, soit de tout autre en-
 droit, cède au Statut réel. C'est ainsi que le majeur, qui par

[ARTICLE 6 § II.]

majeur, peut donner entre vifs tous ces biens, ne pourra pas les donner, ou n'en pourra donner qu'une partie, s'il sont situés dans une coutume qui l'ordonne ainsi par une prohibition réelle.

31^e Principe. } Les statuts réels du domicile et de la situation des biens, concourant ensemble, chacun d'eux à son exécution; c'est ainsi que si un homme a des biens dans des Coutumes, dont les unes ne lui permettent de disposer par donation, ou par testament, que du quint seulement de ses propres, et les autres du tiers, il en pourra disposer conformément à chacune de ces coutumes.

33^e Principe. } Quoique les meubles suivent la personne, et soient régis par la loi du domicile, ce n'est pas comme loi personnelle mais comme loi réelle et de situation.

Id., tit. 2, ch. 2, obs. 19, p. 338. } Rodenburgh veut que les meubles suivent la loi du domicile, et c'est le langage de tous nos auteurs. *Mobilia sequuntur personam*. La raison de cette maxime est qu'ordinairement les meubles *in usum familiæ comparata sunt*. Me. Ch. Du Molin, nous assure sur la coutume de Lille, que cette maxime est un droit général dans le Royaume. Voyez encore sa note sur l'art. 140 de la coutume de Senlis, et sur l'article 9 de Montreuil.

Voici l'usage que Chopin fait de cette maxime. Une femme roturière avait épousé un gentilhomme Angevin qui était décédé domicilié en Anjou. Elle avait depuis transféré son domicile en Touraine, où elle mourut. Son aîné soutint que les meubles devaient lui appartenir conformément à la coutume de Touraine où sa mère était décédée, art. 260. Les puînés prétendaient au contraire qu'il fallait les partager, suivant la coutume d'Anjou, art. 309. Leur raison était *quod vidua mulier Andegavi conjugis domicilium retinuerit jure civili, quasi in eodem matrimonio perseveraverit*; et Chopin, sur cette

[ARTICLE 6 § II.]

coutume, *lib. 3, cap. 1, tit. 2, N. 17*, décide en faveur de l'ainé ; c'est-à-dire, en faveur du domicile actuel de la mère.

Notre Auteur en admettant cette maxime, *mobilia sequuntur personam*, la regarde comme réelle, en ce qu'elle donne aux meubles une assiette dans le domicile du propriétaire, à *quo legem situmque accipiunt*, dit aussi Burgundus, *tract. 1, N. 2*. Il est vrai que cette assiette n'est pas fixe et immuable comme celle des fonds de terre, parceque les meubles ne sont dans un lieu, qu'autant qu'il plaît à celui qui en est le propriétaire d'y demeurer, et que le propriétaire peut, quand bon lui semble, changer de domicile, et par conséquent changer l'assiette de ses meubles ; mais tant que le propriétaire demeure dans le même lieu, les meubles y ont du moins, pendant ce temps, une assiette. Ils sont, dit Henrys, attachés au domicile, et le suivent, *liv. 4, tome 1, ch. 6, quest. 105*, et ils sont régis par la loi de ce lieu.

Est-ce par une loi réelle à raison de l'assiette ? Est-ce par une loi personnelle, en tant que les meubles sont attachés à la personne, et que la loi du domicile qui régit la personne, est personnelle ? La question paraît assez indifférente, puisque c'est toujours la loi du domicile qui en décide : cependant notre Auteur se détermine à dire que les meubles sont régis à raison de l'assiette qu'ils sont présumés avoir dans le lieu du domicile, et je crois cette décision très exacte, et conforme à ce que dit M^e. Ch. du Moulin sur l'art. 41 de la coutume d'Auvergne, ch. 12. *Ex quo hic habet domicilium, censentur mobilia hic esse.* *

Id. p. 341. } Mais encore que les meubles, de droit com-
mun, suivent la loi du domicile, cette maxime
cesse, quand ils se trouvent attachés à des fonds, ou que l'homme par une destination permise et autorisée, en a attaché le sort à une loi immuable et invariable ; c'est ce que dit Dupi-

* (Voy. Bouhier § 86 sous art. 7.)

[ARTICLE 6 § II.]

neau, (sur Anjou 352), les meubles, dit-il, sont meubles ; sinon que par application à des immeubles pour y demeurer toujours, ils y soient attachés, cloués, entés, enfouis, dit d'Argentré sur la coutume de Bretagne, art. 480, gl. 2, No. 2 ; ajoutez, sinon que par la convention et destination ils ne prennent la qualité d'immeubles.

En effet c'est une maxime que quand le meuble se trouve dans un lieu pour perpétuelle demeure, il est regardé comme faisant partie des fonds ; c'est ainsi que par l'article 90, de la Coutume de Paris, les ustensiles d'hôtel qui tiennent à fer et à clou, ou qui sont sellés en plâtre, et mis pour perpétuelle demeure, sont censés et réputés immeubles ; les échelas d'une vigne, sont censés pareillement faire partie de la vigne. *L. fund. 17, ff. de act. Empti*, et dans ce cas les meubles suivent la loi des fonds : il faut consulter là-dessus d'Argentré, *loco supr. cit.* et quant à la destination de l'homme, on ne doute pas qu'un homme par une donation ou une substitution, ne puisse imposer la loi à certains meubles, et les faire régir par une loi invariable.

Ce principe général que les meubles suivent le domicile, ne doit s'entendre, indistinctement, que des meubles vraiment meubles de leur nature : car il est des immeubles qui sont dans certaines coutumes réputés meubles, mais par fiction, comme les Cateux en Artois, et ces immeubles réels, meubles fictifs, ont leurs principes particuliers.

Id. 2 Vol., 2^e p. du tit. 2, } M. Pollet en ses Arrêts de Flandres,
ch. 2, observ. 33, p. 64. } part. 2, chap. 1, observe que la puissance des coutumes, en ce qui concerne les biens immeubles, est bornée par leur territoire ; et si la coutume de la situation les répute meubles, c'est pour certains effets qui lui sont particuliers, et nullement pour les assujétir à une coutume étrangère. Voyez aussi M. Pinault, en ses Arrêts de Tournay, chap. 293.

[ARTICLE 6 § II.]

Ainsi, dans toutes ces coutumes, il y a deux sortes de meubles ; les uns qui sont essentiellement meubles, et les autres essentiellement immeubles, mais réputés meubles par fiction. Les premiers suivent le corps, et sont, par leur mobilité, regardés comme attachés au corps, et les autres, comme immeubles, suivent la loi de la situation, excepté pour tous les cas où la loi, par fiction, les répute meubles ; et comme ils ne sont tels que par une fiction légale, on ne peut diviser la fiction, l'exécuter en partie, et la rejeter en partie.

* *Pothier. Intr. aux coutumes, N. 24.* } Les choses qui n'ont aucune situation, sont les meubles corporels, les créances mobilières, les rentes constituées, autres que celles dont il a été ci-dessus parlé, (*) quand même elles auraient un assignat sur quelque héritage ; car cet assignat n'est qu'un accessoire.

Toutes ces choses qui n'ont aucune situation, suivent la personne à qui elles appartiennent, et sont par conséquent régies par la loi ou coutume qui régit cette personne, c'est-à-dire par celle du lieu de son domicile.

* *l'Prevôtdela Jannès p. LXXIII, Règle VII.* } Cet empire immédiat, cette autorité de la loi sur les biens situés dans son territoire n'a lieu que sur les immeubles qui y sont assis, les meubles n'ayant point de situation fixe, et pouvant, dans un moment se transporter d'un endroit dans un autre au premier ordre de ceux à qui ils appartiennent, ne sont d'aucun pays, ou plutôt ils sont du pays de celui qui en est propriétaire, à la personne duquel ils doivent être regardés comme attachés.

Ainsi, si un habitant de Paris avait une terre dans le Ble-sois dont le château fut richement meublé, et qu'en mourant il laissât pour héritier un frère et des neveux d'un autre frère, ces neveux hériteraient de la moitié des meubles du château concurremment avec leur oncle, quoique ces meubles se trou-

* (Voy. Nos. 22 et 23 cités sous l'art. 6 § 1).

[ARTICLE 6 § II.]

vent dans la coutume de Blois où le frère exclut les neveux, s'ils n'ont été rappelés, car ces meubles n'ayant point d'autre situation que celle du domicile de la personne à qui ils appartiennent, c'est à la coutume de Paris, où le défunt était domicilié, à en déferer la succession ; or elle appelle les neveux concuremment avec les frères à la succession de leurs oncles.

1 *Laurière sur art. 88* } “ En la prévoté et vicomté de
C. de Paris p. 223. } Paris, il y a deux sortes et espèces
 de biens seulement ; c'est à savoir meubles et immeubles” :

Les *immeubles* se règlent en toutes choses, suivant les coutumes où ils sont situés, parce qu'ils y sont soumis. Quant aux *meubles*, ils se règlent par la coutume, où celui à qui ils appartiennent a son domicile, en quelques lieux qu'ils soient. Et c'est ce que l'on dit que *les meubles suivent le corps*.

* *Rivière p. 107,* } Les dispositions des deux derniers
sur art. 3 C. N. } paragraphes de l'art. 3 C. N. ont certainement pour base l'ancienne division des lois en statuts réels et personnels.

Les immeubles sont régis par la loi du pays où ils sont situés.....

Id. p. 108. } Deux opinions principales se sont formées,
 } dans la doctrine, sur la question de savoir par
 } quelle loi est régi le droit de succession *ab intestat*.

Les uns soutiennent que la dévolution de la succession toute entière est réglée par la loi du domicile du défunt.

D'autres appliquent aux immeubles la loi de la situation, et aux meubles la loi du domicile de l'auteur commun. Cette dernière opinion, que nous suivons trouve un appui plus solide que la première dans le texte de l'art. 3 C. N.

[ARTICLE 6 § II.]

* 5 *Pand. Frs., sur art. 3* } Tous les biens sont meubles, ou
C. N. pp. 35, 36. } immeubles. Il faut nécessairement
 que vos biens soient dans l'une ou l'autre classe, car ils sont
 composés de choses; et toutes les choses sont meubles ou
 immeubles.

Les choses incorporelles, néanmoins, ne sont, par elles-mêmes, ni meubles, ni immeubles. *Incorporalia, per se, nec mobilia sunt propriè, nec immobilia*; mais on les range dans l'une des deux classes, suivant leur objet. *Jura, actiones, et nomina induunt naturam sui objecti*. C'est aussi ce que le Code Civil statue au chapitre suivant.

La grande règle du droit, relativement aux meubles, est, qu'ils suivent la loi du domicile du propriétaire.

Mobilia, dit Dumoulin, *sequuntur consuetudinem loci in quo quisque habet domicilium*; et dans un autre endroit: *mobilia ubicumque sint, sequuntur domicilium personæ*.

De là vient que les meubles sont censés être dans l'endroit où est le domicile de la personne à laquelle ils appartiennent, parce qu'ils n'ont point de situation fixe et permanente. *Mobilia censentur esse, ubi domicilium defunctus habebat*.

Cette règle était bien importante autrefois, parce que les coutumes de France ne réglaient pas uniformément la succession aux meubles. Elles le devient moins, depuis que la nouvelle loi a effacé toutes ces différences.

Il y a cependant encore plusieurs cas où elle peut recevoir son application.

Si, par exemple, un Français a des meubles dans un Etat étranger, ils seront régis par la loi française; et si un homme domicilié en pays étranger, a des meubles en France, ils suivront la loi du domicile.

[ARTICLE 6 § II.]

* 1 *Duranton*, No 90 p. 53. } Pour les meubles, il n'en est pas ainsi : Ces biens sont censés n'avoir point de situation particulière ; ils sont ambulatoires comme la personne, et par conséquent ils doivent être régis, quant à la disposition qui en serait faite, ou quant à leur dévolution légale, par la loi du domicile. Aussi l'article 3 borne-t-il sa disposition aux immeubles.

Mais pour la saisie des meubles possédés par un étranger en France, elle aurait lieu d'après les formes prescrites par la loi Française, les formes étrangères ne pouvant être observées chez nous.

* 18 *Merlin*, *Rép.*, Vo. loi § 6, } L'article 3 ne parle que des No. 3, pp. 432 et 433. } immeubles ; et si de son silence sur les meubles il paraît résulter que ce n'est pas la loi française, mais uniquement de la loi domiciliaire de l'étranger auquel ils appartiennent, que les meubles doivent dépendre, on ne laisse pas, en y réfléchissant, d'y trouver quelque difficulté.

Observons bien la construction de l'art. 3 : *Les immeubles, porte-t-il, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi Française.*

Inférerait-on de là que la loi Française ne régit pas les meubles possédés en France par des Français ? Non, sans doute, une pareille conséquence serait absurde. Mais comment une manière de raisonner que le bon sens repousse à l'égard des français, pourrait-elle être admise à l'égard des étrangers ?

Dira-t-on que cet article se réfère au principe général que les propriétés mobilières suivent la personne et sont censées n'avoir pas d'autre situation que celle de son domicile ?

Oui, il s'y réfère certainement par rapport aux Français ; mais s'y réfère-t-il également par rapport aux étrangers ? Si la fiction de droit qui répute les meubles situés dans le domicile de la personne à qui ils appartiennent, s'applique, dans

[ARTICLE 6 § II.]

toute sa latitude, au cas où les meubles se trouvent dans la même souveraineté que le domicile de la personne, serait-il déraisonnable de la faire cesser dans le cas où les meubles se trouvent dans une souveraineté, et le domicile de la personne dans une autre ? Ne peut-on pas dire qu'elle est de pur droit civil ; que le droit civil de chaque état est limité à cet état même ; que le droit civil d'un état ne peut pas étendre à un autre état une fiction qui est son ouvrage et qui n'existerait pas sans lui ?

Non, sans doute, cette fiction ne devrait pas, à la rigueur, dépasser les frontières de chaque souveraineté. Mais la loi qui l'établit dans un état, ou qui, sans l'y établir expressément, l'y suppose, comme le Code Civil, en pleine vigueur, peut se prêter, par une sorte de courtoisie, à ce qu'elle agisse même au dehors ; et telle est évidemment la pensée de Voët, lorsque, dans son commentaire sur les Pandectes, liv. 1, tit. 4, part. 2, No. 11, après avoir établi, à l'exemple d'un grand nombre de docteurs qu'il cite, *in testandi facultate, contractibus, aliis que, mobilia ubicumque sita regi debere domicilii jure*, il ajoute : *Si tamen has juris fictiones quis a ratione naturali in hisce solis considerandâ, alienas putet, quippè desiderantes unum solum communem legislatorem Lege suâ tales fictiones introducensem ac stabilientem, non equidem repugnaverim, atque adeo tunc hoc ipsum comitati quam gens genti præstat, magis quàm rigori juris et summæ potestati quam quisque magistratus in mobilia suo in territorio constituta habet, adscribendum putem.*

Or, n'est-ce pas là ce que fait l'art. 3 ? Son silence sur les meubles étant le même par rapport aux étrangers que par rapport aux Français, quoi de plus naturel que d'y suppléer, pour les premiers, de la même manière que pour les seconds ; et de dire qu'il laisse les meubles des uns comme des autres à la disposition de la loi de leurs domiciles respectifs ?

Il ne faut pourtant pas pousser trop loin les conséquences de cette interprétation.

[ARTICLE 6 § II]

Qu'on règle par la loi domiciliaire de l'étranger possesseur de meubles en France, soit la disponibilité testamentaire ou entre-vifs, soit la succession *ab intestat* des biens de cette nature qui, à sa mort, se trouveront sur le territoire français, à la bonne heure.

Mais est-ce à dire pour cela que les meubles possédés en France par un étranger, ne pourront être saisis par ses créanciers qu'autant que la loi de son pays ne les déclarera pas insaisissables, et qu'en observant les formalités prescrites par cette loi ? Non certainement. Lorsqu'il s'agit de droits à exercer par des tiers sur des meubles, ce n'est plus le domicile du possesseur que l'on considère ; on n'a égard qu'au lieu où ils se trouvent ; et comme le Juge du lieu où ils se trouvent, est seul compétent pour connaître de la saisie, c'est aussi par la seule loi du même lieu qu'il doit décider si la saisie est bien ou mal faite.

Par la même raison, la loi française décidera seule si un effet mobilier qu'un étranger a possédé en France, et qui de ses mains y a passé dans celles d'un autre possesseur, est ou non sujet à revendication de sa part, et si le nouveau possesseur l'a prescrit ou non.

A ces exceptions au principe que les meubles de l'étranger suivent son domicile comme les meubles du Français suivent le sien, il faut en ajouter une autre qui dérive de la nature de la souveraineté.

Supposons un étranger qui meurt sans héritiers et sans avoir disposé de ses biens. Dans sa succession tombée en déshérence, se trouvent des meubles qu'il a laissés en France, et d'autres meubles qu'il a laissés dans le pays où il avait son domicile. Le fisc de ce pays recueillera sans difficulté les effets mobiliers qui y existent. Mais quel droit aura-t-il à ceux qui sont en France ? Aucun. Ils appartiendront au fisc français ; et pourquoi ? Par deux raisons : la première, parce que ce n'est

[ARTICLE 6 § II.]

qu'en faveur de l'étranger possesseur de meubles en France, et de ses ayant droit, que la loi, se prêtant à une fiction qui les répute situés dans le lieu de son domicile, se relâche de l'empire qu'elle a sur eux ; et que le motif de cette fiction cesse du moment que ni lui ni ses ayant droit n'y ont plus d'intérêt ; la seconde, parce que ce n'est pas à titre d'héritier que le fisc du lieu du domicile de l'étranger, recueille les meubles qu'y a laissés celui-ci, mais comme exerçant le droit d'occupation sur les biens vacans ou qui n'ont plus de propriétaire, et que ce droit appartient, dans chaque état au domaine public.

* 1 *Rogron, sur* } Notre article ne déclarant soumis aux
art. 3 C. N., p. 2. } lois Françaises que les *immeubles* possédés
 par des étrangers, il faut en conclure que les dispositions
 qu'un étranger ferait de ses *meubles* devraient être régies par
 la loi du pays où il a son domicile : la raison en est que les
 meubles, n'ayant pas d'assiette fixe, ne peuvent être régis par
 d'autres lois que celles qui gouvernent la personne du propri-
 étaire. Ce principe, toutefois, ne s'applique pas aux formali-
 tés à suivre pour saisir en France les biens d'un étranger : ce
 sont les formalités prescrites par la loi française qu'il faudrait
 observer. Il y a pour cela un motif spécial : c'est que les of-
 ficiers de la force publique en France ne peuvent agir qu'au
 nom du Roi, et dans les formes prescrites par les lois Fran-
 çaises.

* 1 *Delsol, Tit. prél. sur* } Les meubles possédés par des
art. 3 C. N., pp. 23-24. } étrangers sont-ils régis par la loi
 française ou par la loi étrangère ?

Considérés individuellement, les meubles sont régis par la loi française. Le système contraire aurait, en effet, trop d'inconvéniens, puisqu'un créancier gagiste, par exemple, ne pourrait pas compter sur le gage qu'il aurait reçu de son dé-

[ARTICLE 6 § II.]

biteur étranger, si la loi étrangère n'admettait pas un tel contrat. Mais quand on considère les meubles comme universalité, ce qui a lieu, par exemple, dans le cas de legs universel ou à titre universel, les auteurs ne sont pas d'accord.

D'après les uns, il faut appliquer la loi française, car toutes les choses corporelles doivent être soumises à son empire. Il est vrai, disent-ils, que l'art. 3 parle seulement des immeubles possédés par des étrangers ; mais c'est qu'on ne pouvait édicter *à priori* une règle semblable pour les meubles, à cause de leur facile déplacement. D'ailleurs, en admettant que la loi étrangère vînt réglementer, en France, la dévolution ou le partage des meubles laissés par un étranger, on subordonnerait à cette loi la souveraineté nationale, ce qui est inadmissible.

D'après les autres, il faut appliquer la loi étrangère ; car l'ancienne jurisprudence, jalouse, autant que nous pouvons l'être, de la souveraineté française, déclarait cependant que les meubles devaient être régis par la loi personnelle de celui qui les possédait. On disait "*Mobilia ossibus personæ inhærent.*" Rien ne prouve que le Code ait dérogé à ce principe ; il faudra donc l'appliquer, à moins, toutefois, qu'il n'en résulte un préjudice pour un Français. Ainsi, nul doute que si un étranger laissé à la fois des biens en France et dans son pays, avec des héritiers français et étrangers, l'on ne doive reconnaître aux héritiers français le droit de prélever leur part de succession sur les meubles laissés en France, quand ils sont exclus, par la loi étrangère, des biens laissés en pays étranger.

* I Proudhon-Valette, Ch. 5, } L'art. 3 du Code Civil déclare
 sec. 3, sur art. 3, C. N. p. 98. } que les immeubles situés en France sont régis par la loi française. Mais cet article ne s'explique pas en ce qui concerne les meubles. Nous devons donc présenter quelques observations sur cette matière. La plupart des auteurs pensent que les meubles sont régis par la loi

[ARTICLE 6 § II.]

de la patrie du propriétaire ; voici comment ils raisonnent. Les meubles n'ont pas une assiette fixe dans tel ou tel lieu ; ils doivent donc être considérés comme suivant le propriétaire, et n'ayant pas d'autre situation que celle de son domicile. Telle est notamment l'opinion de M. Merlin qui du reste remarque très bien, après Voët, que cette fiction ne devrait pas à la rigueur dépasser les frontières de chaque souveraineté ; mais que les lois peuvent se prêter, par une sorte de courtoisie, à ce qu'elle agisse même au dehors (V. Rep., Vo. loi, § 6, No. 3.) La cour Royale de Paris, par deux arrêts, l'un du 1^{er} février 1836, et l'autre du 3 février 1838, a jugé que la succession mobilière d'un étranger décédé en France se partage d'après la loi du domicile du défunt.

Le Code Prussien (art. 28 de l'introduction), et le Code Civil d'Autriche (art. 300), décident positivement que les biens meubles sont soumis aux mêmes lois qui régissent la personne du propriétaire.

Il en paraît être autrement du Code Bavarois (part. 1, chap. 2, art. 17), et du Code du Canton de Berne, (Art. 4).

Pour nous, nous appliquerons à la matière des meubles appartenant aux étrangers, le principe qui nous a guidés en ce qui concerne l'état et la capacité des personnes étrangères ; c'est-à-dire, que nous suivrons la loi étrangère, toutes les fois qu'il n'en résultera pas d'inconvénients graves pour la France. Cette règle paraît supposée par l'art. 3 du Code Civil ; et comme nous n'avons pas un grand intérêt à repousser en matière de successions mobilières, une règle fondée sur une juste réciprocité d'égards entre les nations Européennes, nous appliquerons en principe la loi étrangère à ces successions laissées par des étrangers. Mais, d'un autre côté, nous ne balançons pas à regarder comme applicable aux meubles laissés en France par un étranger décédé, l'art. 2 de la loi du 14 juillet 1819 qui, dans le cas de partage d'une même succession

[ARTICLE 6 § II.]

entre des cohéritiers étrangers et français, autorise les héritiers français à prélever sur les biens *situés en France*, une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger, dont ils seraient exclus à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales. Peu importe que le mot *situés* employé dans cet article paraisse se référer plus spécialement aux immeubles ; le but qu'on se propose dans cet article, est de rétablir l'égalité dans l'intérêt des héritiers français, et il n'est pas douteux qu'on ne veuille l'atteindre par tous les moyens possibles.

Tout le monde s'accorde à appliquer la loi française aux meubles des étrangers, en ce qui concerne les effets de la session, les privilèges, et enfin les voies d'exécution.

* *Lahaye sur art. 3, C. N. p. 2.* } *Pothier*, coutume d'Orléans,
 } introduction générale aux coutumes, No. 6.—On appelle *statuts personnels* les dispositions coutumières qui ont pour objet principal de régler l'état des personnes. Telles sont celles qui concernent la puissance paternelle, la tutelle des mineurs et leur émancipation, l'âge requis pour tester, la puissance maritale.

Portalès, discours au corps législatif, 14 décembre 1801, No. 25.—Le rapporteur de la commission du tribunaat conclut de la lettre de notre article que la loi n'oblige pas les Français qui voyagent. Il faut convenir que la conséquence n'est pas juste.

Sans doute les français qui voyagent ne sont pas soustraits à l'empire de toutes les lois françaises ; mais français et étrangers, habitant le territoire, y sont soumis. Voilà le principe général ; car habiter le territoire, c'est se soumettre à la souveraineté.

On reproche de n'avoir pas parlé des ambassadeurs, de leur famille et de leur suite. Ce qui regarde les ambassa-

[ARTICLE 6 § II.]

deurs appartient au droit des gens. Nous n'avions pas à nous en occuper dans une loi qui n'est que de régime intérieur. Malleville, même opinion ; Toullier, t. 1, n. 112, id.

Les lois diversement prises ont pour objet les relations réciproques entre les particuliers et le gouvernement, droit politique ; les relations des particuliers entre eux, droit civil ; les délits contre l'Etat ou les citoyens, droit de discipline, dit encore de police. Ce dernier droit, qui embrasse la sûreté des personnes et de leurs propriétés, oblige l'étranger comme le citoyen, le voyageur comme l'habitant : ceux-ci demandent sûreté pour eux : il est donc juste que le peuple chez lequel ils se trouvent puisse leur faire pour soi la même demande.

Pandectes françaises.—La loi ne parle pas ici des meubles, parce qu'ils n'ont point d'assiette fixe ; cependant ils sont au nombre des choses, et régis en conséquence par les lois réelles.

Delvincourt, t. 1, n. 1 de la p. 11. — Ainsi, quel que soit le propriétaire d'un immeuble situé en France, il ne pourra l'hypothéquer que d'après les formes voulues par la loi française, ni y imposer d'autres servitudes que celles qui sont permises par la même loi.

Rolland de Villargues, v. étranger, n. 1.—La qualité d'étranger, admet, dans le droit actuel, plusieurs nuances qu'il importe de tracer.

L'étranger peut être domicilié en France avec l'autorisation du Roi ;

Il peut être domicilié sans autorisation ;

Il peut n'avoir pas de domicile en France et s'y trouver accidentellement, soit pour échapper à des poursuites criminelles, soit pour se soustraire à celles de ses créanciers ;

Il peut être momentanément en France, comme voyageur ou autrement, et s'y livrer à des opérations civiles ou commerciales, etc.

[ARTICLE 6 § II.]

Dans ces divers cas, sa personne, ses biens et ses actes sont régis par des règles spéciales qui dérivent de sa qualité bien déterminée.

Dalloz, lois, sect. 4, n. 1.—Les lois *réelles*, à la différence des lois *personnelles*, sont dépourvues de toute autorité au-delà du territoire ; mais, d'un autre côté, elles obligent indistinctement tous ceux qui y résident. Cette différence dans les effets n'a jamais été contestée.

* 1 *Demante tit. prél. art. 3* } Le principe qui soumet au statut
C. N. pp. 45-46 } réel du pays de la situation le possesseur même étranger n'a, suivant la doctrine commune, d'application qu'aux biens immeubles ; car les meubles n'ayant pas d'assiette fixe sont toujours réputés situés au domicile de leur possesseur et régis conséquemment par le statut réel de ce domicile.

Telle était du moins la règle autrefois suivie pour l'application des diverses coutumes. En conséquence, les successions mobilières, quelque part que les meubles se trouvassent, étaient toujours régies par la coutume du domicile du défunt. Le code semble s'être référé sur ce point aux anciens principes, en bornant aux immeubles la disposition qui soumet à la loi française les biens possédés en France par les étrangers.

* 1 *Demolombe N^o. 94* } 94. Effet des lois réelles, *quant aux*
sur titr. prél. p. 103. } *meubles.* •

Un étranger possède des meubles en France ; par quelle loi seront-ils régis ? par la loi Française, ou par la loi étrangère ?

Cette question ne me paraît pas susceptible de recevoir une solution précisément absolue ; il en est presque toujours ainsi d'ailleurs de toutes ces questions de droit international, qui mettent en présence deux lois, deux autorités égales entre lesquelles il n'y a pas de supérieur commun.

[ARTICLE 6 § II.]

Et d'abord, quant à la transmission des meubles par succession *ab intestat*, quelle sera la loi applicable ?

Trois systèmes peuvent être produits :

Le premier applique toujours la loi française, et raisonne ainsi :

En principe, les lois étrangères ne peuvent avoir d'autorité en France ; elles ne sauraient, par conséquent, décider du sort d'un bien, qui se trouve sur notre territoire et sous la seule garantie de nos lois. Si autrefois, de coutume à coutume, la succession était régie, non par le statut de la situation actuelle des meubles, mais par le statut du domicile du défunt, c'était par un effet de la fiction : *mobilia sequuntur personam*, pure fiction de droit civil, qu'on ne saurait appliquer entre deux Etats dépendant d'une souveraineté différente. Aussi, l'administration des domaines ne s'y trompe-t-elle pas, et perçoit-elle le droit de mutation sur toutes les transmissions de meubles en France, sans aucune différence entre les régnicoles et les étrangers.

Le second système, au contraire, applique toujours la loi étrangère, et invoque d'abord le texte même de l'article 3, qui, en ne soumettant à la loi française que les immeubles appartenant aux étrangers en France, excepte virtuellement les meubles : *inclusio unius est exclusio alterius*. Cela est d'ailleurs, conforme aux principes généraux du droit ; les meubles, en effet, n'ont pas d'assiette fixe, de situation permanente ; ils sont ambulatoires comme la personne, aujourd'hui dans un lieu et demain dans un autre ; de là cette fiction de droit, qui les répute situés au domicile de la personne : *mobilia ossibus personæ inhærent*. Cette fiction est logique ; car c'est là, c'est dans ce lieu que le propriétaire est présumé avoir son établissement principal et toutes les habitudes de sa vie, et que les meubles dès lors étaient destinés à se trouver en définitive ; elle est équitable ; car il ne faut pas que les droits des succes-

[ARTICLE 6 § II.]

seurs dépendent d'un pur effet du hasard, de ce que le propriétaire, par exemple, sera décédé pendant son séjour dans une ville étrangère, ou même pendant un voyage dans une auberge. De quoi s'agit-il d'ailleurs ? de régler la transmission du *patrimoine*, c'est-à-dire de ce tout idéal, distinct et indépendant de chacun des meubles individuellement, qui le composent ; or, cet être purement intellectuel ne se conçoit que par relation avec la personne du propriétaire ; donc, c'est à la loi, qui régit cette personne, à régir aussi les effets de cette relation juridique. (Zachariæ, t. 1, p. 56). Nous n'avons pas ici, comme à l'égard des immeubles, d'intérêt à méconnaître ces principes ; et s'il est vrai que la fiction *mobilia sequuntur personam*, ait pris d'abord naissance dans le droit civil, il est bon aujourd'hui de l'ériger en maxime de droit international. Cette *courtoisie*, comme dit Merlin (Rép., vo. loi, § 6, n° 3), est habile et politique ; elle est fondée sur les convenances mutuelles des peuples et sur leur commun intérêt.

Enfin, le troisième système, que je propose de suivre, adopte en principe général la maxime, qui soumet la transmission des meubles à la loi étrangère ; mais il conserve, dans l'application, une certaine latitude, et fait, à cet égard, quelques réserves, que l'art. 3 autorise lui-même, en s'abstenant, sur ce point, de toute décision absolue.

Ainsi :

1°. On comprend que cette maxime soit considérée comme de *droit des gens*, comme, un acte de *courtoisie* et de convenance réciproque envers les nations qui la pratiquent aussi envers nous, comme aujourd'hui la Prusse et l'Autriche. Mais ces motifs n'existent pas à l'égard des nations, qui appliqueraient, chez elles, un principe contraire, comme la Bavière par exemple. Je m'expliquerais donc bien que, dans ce dernier cas, on appliquât, chez nous, la loi française, si un intérêt français s'y trouvait engagé ; car, après tout, il n'y a ici aucun texte, qui puisse être violé.

[ARTICLE 6 § II.]

2°. Je pense que le prélèvement autorisé par l'art. 2 de la loi du 14 juillet 1819, dans le cas de partage d'une succession entre des cohéritiers français et étrangers, devrait dans tous les cas, s'exercer même sur les meubles que l'étranger défunt possédait en France. La loi se sert du mot *biens* ; et cet autre mot *situés*, aussi employé par elle, n'est pas si exclusif, qu'il doive faire obstacle à ce qu'on atteigne, par tous les moyens possibles, le but équitable, qu'elle se propose.

Id. No. 95. } Quant aux arrêts sur les droits de muta-
 } tion, ils ne me paraissent pas nécessairement
 liés à la question de savoir par quelle loi sera réglée la transmission des meubles de l'étranger en France. On peut voir qu'ils sont fondés sur cette raison particulière, que l'impôt est le prix de la garantie qui protège tous les biens en France, quel qu'en soit le propriétaire (voy. le remarquable avis du conseil d'Etat du 11 fév. 1829, Journ. de l'enrég. 1829, p. 214).

Id. No. 96. } Nous n'avons parlé jusqu'ici que de la trans-
 } mission *ab intestat* ; mais ce que nous avons
 dit sur ce point a d'avance résolu les autres questions.

En effet, ce n'est que par suite de la relation juridique, qui existe entre la personne et l'universalité de ses meubles, qu'on peut soumettre le règlement de cette universalité à la loi du domicile du propriétaire.

D'où les conséquences que, toutes les fois que cette relation juridique n'existera point ou sera brisée, les meubles, considérés individuellement, ne seront plus régis que par la loi de leur situation actuelle.

Nous appliquons ce principe :

1°. A tout ce qui concerne les effets de la possession, les privilèges, les voies d'exécution ;

[ARTICLE 6 § II.]

2°. A l'attribution à l'Etat, par droit de déshérence, et en quelque sorte d'occupation, des meubles laissés en France par l'étranger décédé sans successeur (art. 539, 713, 768 ; Trib. civ. de Bordeaux, 12 fév. 1852, hospices de Bordeaux. Dev. 1854, II. 257).

**Cubain, ch. 10 N°. 672, } Resterait à rechercher quelle est l'é-*
pp. 412-413. } tendue des exceptions apportées, par
 l'article 3 du Code Civil, au principe que les droits civils dont l'étranger jouit en France sont régis par la loi personnelle de l'étranger, et ce qu'il faut entendre par lois de police et de sûreté, par lois qui régissent les immeubles, par lois qui concernent l'état et la capacité des personnes ; mais nous pouvons poser une règle qui, tout en rentrant dans le système de l'article 3 du Code Civil, est plus propre que le texte de cet article à faire connaître les cas dans lesquels l'étranger ne peut invoquer en France le bénéfice de sa loi nationale.

Cette règle, la voici :

Les étrangers ne peuvent se prévaloir en France d'aucune disposition de leur loi nationale qui serait de nature à porter atteinte soit à l'ordre, soit à la richesse et au crédit public ; ils sont soumis à toutes les dispositions de la loi française qui sont d'intérêt général.

Ainsi l'étranger ne peut faire prononcer son divorce en France, il ne peut y constituer des majorats ou créer des substitutions, il ne peut y acquérir des hypothèques occultes, parceque l'indissolubilité du mariage, l'aliénabilité des propriétés, la publicité des hypothèques sont d'ordre public en France.

Sans doute cette règle présentera des difficultés dans l'application ; mais ces difficultés qui gisent dans l'appréciation des intérêts sociaux sont infiniment moindres que les difficultés doctrinales qui naissent de la distinction arbitraire et obscure des lois en statuts réels et en statuts personnels.

[ARTICLE 6 § II.]

*1 *Marcadé, tit. prél. No. 78 p. 56-Contrà.* } Notre article ne parle, et nous } n'avons parlé jusqu'ici, que des im-
meubles ; que faut-il décider pour les meubles ?

Les meubles, tant qu'ils se trouvent en France, nous paraissent soumis, absolument comme les immeubles, à la loi Française ; ce sont des choses, ils doivent être régis par la *loi des choses*, par la loi réelle du pays. Ainsi, les meubles d'un étranger résidant en France n'y pourraient être saisis et vendus que conformément à la loi Française. Que si ces mêmes meubles tombaient en la possession d'une personne qui, par erreur, s'en croirait propriétaire, cette personne en serait par là même propriétaire aux termes de l'art. 2279, qui veut qu'en fait de meubles, la possession, même instantannée, rende propriétaire par prescription (pourvu qu'elle soit de bonne foi et que le meuble n'ait été ni perdu, ni volé). On n'aurait point à consulter là dessus la loi du pays de l'étranger.

Toutefois, ce principe, que les meubles doivent suivre, comme les immeubles, la loi du pays où ils se trouvent, est loin d'être admis par tous les jurisconsultes ; et tout en accordant les derniers points que nous venons d'indiquer, la plupart rejettent le premier, dont ils ne sont cependant que des conséquences... On tient généralement que les meubles sont régis, non pas par la loi du pays où ils se trouvent, non pas non plus par celle du pays auquel appartient leur propriétaire ; mais bien par celle du pays où ce propriétaire a son domicile. Ainsi, qu'un Anglais qui a en France une grande fortune mobilière, soit en capitaux placés, soit en rentes sur particuliers ou sur l'Etat, aille établir son domicile en Espagne, ce ne serait ni la loi française, ni la loi anglaise qu'on devrait d'après cette doctrine, appliquer à ces biens meubles ; mais la loi Espagnole. C'est cette loi Espagnole qu'il faudrait suivre pour décider à qui ces biens devraient passer à la mort de leur propriétaire, et pour régler les dispositions entre-vifs ou testamentaires qu'il en pourrait faire. La raison qu'on

[ARTICLE 6 § II.]

donne de cette décision, c'est que les meubles sont ambulatoires comme la personne même, et qu'ils doivent, à cause de cela, être réputés n'avoir point de situation particulière et à eux propre.

Nous l'avouons, si accréditée que soit cette doctrine, nous ne saurions l'accepter ; elle nous paraît illogique et sans aucun fondement légal.

Sans doute, l'action de la loi sur les meubles n'a pas une grande force et peut être facilement éludée ; puisque, soumis aujourd'hui à la loi française, ils le seront demain à la loi anglaise, à laquelle ils pourront être soustraits encore quand le propriétaire le voudra. C'est là probablement le motif pour lequel le législateur n'en a point parlé ; les objets susceptibles d'une soumission constante à la loi ont seuls appelé son attention. Les immeubles, ne pouvant être déplacés, resteront toujours sous le coup de la loi réelle ; les personnes, bien que voyageant d'un pays à l'autre, sont suivies par la loi personnelle, tant qu'elles consentent à rester Françaises ; il y a donc pour les premiers un lien de fait qui ne peut pas être brisé, et pour les seconds un lien moral qui subsiste malgré le passage de la personne d'un territoire à un autre. Pour les meubles, au contraire, ni ce lien de fait ni ce lien moral ne sauraient exister ; eux donc, et eux seuls, échappent à l'action constante de la loi, et, encore une fois, c'est pour cela sans doute que le législateur n'en a pas parlé. Mais enfin, dans le silence du Code, il faut bien que les meubles soient soumis à une loi quelconque. Eh bien ! n'est-ce pas tout naturellement à celle du souverain sous la puissance duquel ils se trouvent actuellement ? Ils sont réputés, dit-on, n'avoir point de situation particulière. Mais pourquoi donc *réputés n'avoir point de situation*, quand par le fait ils en ont une ? C'est, nous répond-on, parce qu'ils sont ambulatoires, parce qu'aujourd'hui en France, ils peuvent être bientôt en Angleterre. Mais le domicile, par la loi duquel vous voulez

[ARTICLE 6 § II.]

les régler, n'est-il pas ambulatorio lui même ? Aujourd'hui en Espagne, ne peut-il pas être en Russie dans un mois ! Comment donc rejeter la réalité pour admettre une fiction, alors que cette fiction ne se fonde sur rien, et de plus ne sert à rien ? Et non-seulement elle ne sert à rien, mais elle est même plus incommode que la réalité même, et elle jette dans des impossibilités qui forcent souvent ses partisans de reculer devant elle. Et en effet, comment le souverain du pays du domicile, de la France, par exemple, fera-t-il respecter ses lois sur des meubles qui se trouvent hors des pays soumis à sa puissance, en Perse, par exemple ?.... Est-ce que, logiquement, un législateur peut commander ce qu'il sait n'avoir pas le pouvoir de faire exécuter ? Puisque la soumission des meubles à telle ou telle loi ne peut jamais être que précaire et instable, on doit reconnaître la soumission instable à la loi du pays où ils sont, plutôt que la soumission, instable également, à la loi du domicile. C'est avec le souverain du pays où ils se trouvent qu'ils sont *réellement* en relation, c'est à sa puissance que *réellement et par le fait* ils sont soumis ; on ne peut donc pas, à moins de règles formelles posées à cet égard par les divers législateurs, les déclarer soumis, par fiction, à l'autorité d'un autre.

La Cour de Rouen a donc bien jugé, selon nous, quand elle a décidé que des biens, meubles comme immeubles, qui se trouvaient en Russie, étaient tous valablement acquis à la personne envoyée en possession de ces biens, en vertu des lois et des jugemens russes, encore bien que le sieur Cardon, de la succession duquel il s'agissait, fût, lors de son décès, domicilié en France et n'eût qu'une résidence à Saint-Petersbourg (Conf. Lagrange, Exam. crit., p. 32).

[ARTICLE 6 § II.]

*3 Savigny, *ch. 1 § CCCLXVI*, } Toutefois le demandeur est libre
p. 169 et suiv. Contrà. } de choisir entre la juridiction spéciale (forum rei sitæ) et la juridiction générale (forum domicili.) Cependant la détermination du droit local demande une règle fixe, et ne saurait être ainsi subordonnée à la volonté arbitraire d'une seule des parties. Nous devons donc adopter exclusivement l'un ou l'autre de ces droits, et ce sera le droit du lieu où la chose est située (*lex rei sitæ*), en nous fondant sur la volonté qui existe spécialement pour le rapport de droit individuel. Un autre motif vient encore justifier cette préférence. Le droit à une chose peut être commun à plusieurs personnes ayant chacune un domicile différent. Si donc les droits réels se jugeaient d'après le droit du domicile, il resterait en pareil cas à savoir quel est le domicile dont on doit suivre le droit. Or, cette incertitude disparaît dès que l'on adopte la *lex rei sitæ*, qui de sa nature est toujours simple et exclusive.

Id. p. 172 } Le code français n'adopte la distinction (*lex et suiv.* } *domicilii* pour les meubles et *lex rei sitæ* pour les immeubles) que tacitement, car pour les immeubles il ordonne l'application du droit de la situation des biens, et il ne dit rien des choses mobilières.

Tous ces codes disent seulement que certaines choses sont jugées d'après telles lois, etc., sont soumises à telles lois, etc.; mais ces expressions générales sont susceptibles des interprétations les plus diverses, quand il s'agit de déterminer dans quelles limites et selon quel mode s'opèrent ce jugement et cette soumission.

Je passe à l'examen des opinions des auteurs sur la question qui nous occupe.

La plupart des anciens auteurs et les plus recommandables se prononcent pour la distinction entre les choses mobilières et les choses immobilières, et cette opinion a trouvé des partisans jusque dans les temps actuels; néanmoins chez plu-

[ARTICLE 6 § II.]

sieurs d'entre eux l'adhésion à cette doctrine est plus apparente que réelle. Ainsi ils l'expriment sous la même forme générale que leurs prédécesseurs, et semblent se confondre avec eux ; mais quand il s'agit d'en faire l'application réelle pour les droits à des choses déterminées, ils se séparent de leurs prédécesseurs, et se montrent ainsi infidèles à leur propre principe.

D'un autre côté la plupart des auteurs modernes rejettent entièrement la distinction, et n'admettent qu'une seule et même règle pour les choses mobilières et immobilières, le droit du lieu où elles sont situées ; j'ai dit plus haut que je me rangeais de cette opinion.

Les partisans de la doctrine que je combats, et qui soumettent les choses mobilières, non à la *lex rei sitæ*, mais à la *lex domicilii*, mettent ordinairement en oubli ou dissimulent le côté le plus faible de leur doctrine. Ainsi, on dit que le droit local applicable est déterminé par le domicile de la personne ; mais quelle est cette personne ? Celle sans doute qui a droit à la chose en vertu du rapport de droit. Mais cela est très équivoque, et, lors même qu'on admettrait le principe, suffirait pour en rendre l'application très-vague et très-incertaine. On peut entendre sous cette définition le propriétaire ; mais quand il s'agit de la translation de la propriété, on ne sait si elle désigne l'ancien ou le nouveau propriétaire, et, lorsque la propriété est en question, à laquelle des parties il faut l'attribuer.—On pourrait, il est vrai, abandonner complètement le propriétaire et lui substituer le possesseur, ce qui simplifierait et faciliterait beaucoup l'application.—Enfin, il y a indépendamment de la propriété divers droits réels qui, lorsqu'ils existent ou sont prétendus, constituent pour d'autres personnes un droit à la chose.—Ainsi donc, quand bien même il serait vrai que le droit local se détermine par le domicile de la personne, ce principe serait fort équivoque, car les diverses personnes dont je viens de parler peuvent avoir des

[ARTICLE 6 § II.]

domiciles différents, et cette prétendue règle ne saurait nous fournir la solution pratique du problème à résoudre.

Reste toujours la question principale, celle de savoir s'il y a dans la nature des choses un motif pour établir une distinction entre les droits à des choses mobilières et ceux à des choses immobilières, et pour les soumettre à un droit local différent. La négative n'est pas douteuse. Si l'on n'est pas parvenu à s'entendre sur cette question, peut-être cela tient-il à ce qu'on l'a posée d'une manière trop abstraite. Je vais essayer de montrer que dans la vie réelle la chose se passe tout autrement. Ces considérations expliqueront en même temps l'origine de l'opinion que je combats comme erronée, et feront ressortir l'élément de vérité qu'elle contient.

Quand on examine la place qu'occupent dans l'espace les choses mobilières, on trouve deux cas extrêmes, diamétralement opposés, entre lesquels viennent se placer une foule de cas intermédiaires.

D'abord la place que les choses mobilières occupent dans l'espace peut être tellement indéterminée et tellement variable, qu'on ne saurait avoir aucune idée précise du territoire où elle se trouve; ce qui exclut absolument la soumission volontaire au droit local de ce territoire. Je citerai comme exemples les cas suivants: Le voyageur qu'une diligence ou qu'un chemin de fer transporte avec son bagage peut dans un seul jour traverser plusieurs pays, sans même s'inquiéter de savoir quel est celui où il se trouve momentanément. Il en est de même quand un commerçant expédie des marchandises pour un pays lointain, pendant tout le temps que les marchandises sont en route, surtout quand elles sont expédiées par mer pour différents ports, même pour différentes parties du monde, afin d'y trouver un marché plus avantageux. Dans de pareils cas on ne saurait évidemment appliquer la *lex rei sitæ*, et il nous faut chercher par la pensée un lieu où la chose soit destinée à séjourner pendant un temps plus long,

[ARTICLE 6 § II.]

ou même indéterminé. Quelquefois ce lieu nous est indiqué d'une manière certaine par la volonté du propriétaire, quelquefois aussi il coïncide avec le domicile de celui-ci. Je citerai comme exemples le bagage qu'un voyageur rapporte ordinairement chez lui quand il a fini son voyage, ou bien encore les marchandises qu'un négociant expédie et qu'il renvoie, s'il n'en trouve pas le placement dans le lieu de son domicile, pour attendre des temps plus propices. C'est sans doute pour avoir pris exclusivement en considération les cas de cette espèce, que l'on a prétendu appliquer d'une manière générale le droit du domicile aux choses mobilières.

Le second cas, absolument inverse, est celui où les choses mobilières sont destinées à rester constamment dans le même lieu, comme le mobilier d'une maison, une bibliothèque, une collection d'objets d'art, les instruments aratoires servant à l'exploitation d'un domaine rural. A la vérité la destination de ces choses n'est pas immuable, et on peut les transporter dans un autre lieu ou dans un autre pays; mais de pareils changements sont accidentels, et en dehors des intentions actuelles et des prévisions du possesseur. Le domicile de la personne nous offre un rapport absolument semblable, car on le considère toujours comme permanent, bien qu'il puisse être changé à chaque instant du temps à venir. Il n'y a pas même un apparence de motif pour traiter les choses de cette espèce autrement que les immeubles, et elles doivent évidemment être jugées d'après le droit local que détermine leur situation actuelle, et non le domicile du propriétaire ou du possesseur. Aussi cela est-il admis par divers auteurs, qui du reste maintiennent la distinction entre les meubles et les immeubles, et qui pour cette classe de choses mobilières, faisant une exception à leur règle, représentent une opinion intermédiaire.

Entre les deux classes de choses mobilières dont je viens de parler viennent s'en placer plusieurs autres qui s'en rapprochent à des degrés très-différens. Je citerai comme exemples

[ARTICLE 6 § II.]

les marchandises qu'un négociant tient en dépôt dans un lieu autre que son domicile pendant un temps indéterminé, le bagage d'un voyageur qui séjourne dans un pays étranger, etc. Pour toutes ces choses les circonstances particulières détermineront si elles appartiennent à l'une ou à l'autre classe. Ici l'on ne devra pas seulement avoir égard au temps plus ou moins long pendant lequel la chose a séjourné dans un lieu, mais aussi à la nature de la règle de droit qu'il s'agit d'appliquer. Si par exemple le litige porte sur la forme de l'aliénation (la tradition ou le simple contrat), pour appliquer le droit local du bien où la chose est située, on pourra exiger un temps moins long que s'il s'agissait d'une question d'usucapion. Mais en général nous devons poser comme règle l'application de la *lex rei sitæ*, et regarder comme une exception, relativement rare, ce qui a été établi plus haut pour les cas de la première espèce.

1 *Zachariæ, introd. §* } *Quelles sont les personnes et les choses*
 31, p. 54 et suiv. } *soumises à l'empire du droit civil fran-*
çais.

Cette question, considérée sous le point de vue pratique, peut se traduire ainsi : Quelles sont les lois d'après lesquelles les tribunaux français doivent décider les contestations civiles qui sont de leur compétence ?

Ainsi posée, la question se résout par le principe suivant : Les tribunaux français n'ont, pour la décision des procès civils qui leur sont soumis, d'autres règles à suivre que les lois françaises ; peu importe que l'une des parties soit étrangère, et que le droit litigieux résulte d'un fait ou d'un acte arrivé ou passé hors de France.

Ce principe est cependant soumis à plusieurs exceptions, ainsi :

1^o. Les lois étrangères sont obligatoires pour les tribunaux

[ARTICLE 6 § II.]

français, lorsqu'un traité politique leur a, dans des hypothèses spéciales, attribué cette autorité.

2°. Les tribunaux français doivent, pour déterminer l'état et la capacité d'un étranger, consulter uniquement les lois de son pays. (*En note* : Nous nous sommes servis de l'expression *uniquement* pour indiquer que ce principe recevrait son application dans le cas même où l'étranger se serait formellement soumis à la loi française.)

3°. Les contestations relatives aux immeubles, que des étrangers ou même des Français possèdent hors de France, doivent être décidées d'après les lois du pays où ces immeubles sont situés.

4°. En principe rigoureux, le patrimoine semble devoir être régi par les lois qui régissent l'état et la capacité de la personne à laquelle il appartient. On ne conçoit pas, en effet, de patrimoine, abstraction faite d'une personne qui le possède ; en d'autres termes, les biens d'un individu ne forment ce tout idéal qu'on appelle patrimoine que par suite d'un rapport juridique établi entre ces biens et cette individu. Le patrimoine, qui n'est point un objet extérieur, se confond donc, en quelque sorte, avec la personne qui en est propriétaire. Il résulte de là que la succession (*patrimonium defuncti*) *ab intestat* ou testamentaire d'un étranger devrait être régie par les lois du pays de cet étranger ; mais la jurisprudence n'a admis cette conséquence que relativement à la succession mobilière. (*En note* : C'est en ce sens que l'on doit entendre la maxime *mobilia sequuntur personam* ; car il ne faut point, par argument *a contrario sensu*, inférer de l'art. 3, alin. 2, que les meubles envisagés d'une manière individuelle, soient régis par les lois qui déterminent l'état et la capacité de celui auquel ils appartiennent.)

5°. La forme des actes est réglée par les lois du pays dans lequel ils ont été passés.

[ARTICLE 6 § II.]

(Voy. *Zachariæ*, cité sous art. 7.)

6°. Les préceptes du droit civil pouvant être modifiés par des conventions particulières, lorsqu'ils n'intéressent ni l'ordre public, ni les bonnes mœurs, rien n'empêche que les contractans ne se soumettent, sous la même condition, à une législation étrangère, même en ce qui concerne des immeubles situés en France ; et, par une conséquence ultérieure, les tribunaux français seront obligés de juger, d'après les lois étrangères, les contestations pour la décision desquelles les parties s'en seraient rapportées aux dispositions de ces lois. En général, il est à présumer que les personnes qui ont conclu une négociation en pays étranger ont voulu se soumettre à la loi du pays où le contrat a été passé.

Id. § 32. } Un principe qui se lie d'une manière intime avec
 } celui posé dans le paragraphe précédent, c'est que
 les tribunaux et fonctionnaires français ont seuls en France
 juridiction et commandement (*jurisdictio et imperium*).

De ce principe découlent les conséquences suivantes :

1°. Une action introduite devant un tribunal Français ne pourrait être écartée (*exceptione litis pendentis*), sous prétexte que la même affaire est déjà pendante devant un tribunal étranger.

2°. Les jugemens rendus en matière civile (*en note* : le principe est également applicable en matière commerciale) par une juridiction étrangère, ne sont pas exécutoires en France, et ne sauraient y être invoqués comme engendrant par eux-mêmes l'exception de la chose jugée. Ils n'y acquièrent autorité qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français. Cette déclaration, qui ne doit pas être assimilée à un simple *pareatis* ou ordonnance *d'exequatur*, ne peut résulter que d'un nouveau jugement ; et toute partie, qu'elle soit française ou étrangère, qu'elle ait été demanderesse ou défenderesse dans le procès décidé à l'étranger, est

[ARTICLE 6 § II.]

autorisée à demander que l'affaire soit de nouveau débattue et jugée comme si elle ne l'avait point encore été.

Toutefois les décisions rendues en dernier ressort, par des tribunaux étrangers, ne sauraient être soumises à la révision des tribunaux français, lorsqu'elles n'ont eu pour objet que l'exécution de jugemens émanés de ces derniers, ou qu'elles ont été volontairement exécutées par les parties.

La même exception s'applique aux sentences arbitrales rendues à l'étranger.

3°. Les jugemens émanés de tribunaux étrangers n'emportent hypothèque judiciaire en France, qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français.

4°. Les contrats reçus par des fonctionnaires étrangers ne peuvent conférer en France une hypothèque conventionnelle.

Le principe ci-dessus énoncé ne doit être appliqué que sauf les exceptions auxquelles il aurait été soumis par des lois spéciales, ou par les traités politiques ; mais son application est entièrement indépendante de la question de reciprocité.

Voy. *C. N.* cité sous art. 6 § 1.

Sirey. C. C. sur art. 3 C. N. } No. 61. Les meubles appartenant
aux étrangers sont régis par la loi
du domicile, où ils sont censés se trouver d'après la maxime
mobilia ossibus personarum inhærent. Dumoulin sur Orléans, art.
24 ; Bouhier sur Bourgogne, ch. 25 ; D'argentré sur Bretagne,
art. 218 et 447 ; Boullenois, t. 1, p. 338 et 818 ; Henrys, t. 1,
liv. 4, ch. 6, quest. 105 ; Pothier, *des choses*, § 3 ; Merlin,
Rép., Vo. *loi*, § 6, n. 3 ; Chabot, *succ.*, sur l'art. 726 ; Duranton,
t. 1, n°. 90 ; Taulier, *th. du Cod. Civ.* t. 1, p. 57, introd. ; Fœlix,
n°. 37, et les nombreux auteurs qu'il cite. Ce principe est ce-
pendant combattu par Marcadé, t. 1, p. 82 : suivant lui, les

[ARTICLE 6 § II.]

meubles doivent être régis par la loi du lieu où ils se trouvent réellement. V. aussi Zachariæ, *Dr. Civ. fr.*, t. 1, § 31 ; Rolland de Villargues, *journ. du not.* année 1839, p. 514 ; Valette sur Proudhon, t. 1, p. 97 et suiv.

No. 62.—La règle que les meubles sont régis par la loi du domicile, n'est pas si absolue qu'elle ne reçoive exception, quand il s'agit de meubles situés en pays étranger ; c'est-à-dire que les meubles étant en pays étranger sont valablement acquis à celui qui, par jugement étranger, est renvoyé en possession des biens situés dans le pays étranger, encore qu'il s'agisse de la succession d'une personne domiciliée en France.—25 Mai 1813, Rouen. (S. 13. 2. 233).

No. 63.—La succession mobilière d'un étranger, quoi qu'ouverte en France, doit être partagée suivant les lois du pays de cet étranger.—3 fév. 1838. Paris. (Pal. 38. 1. 249).

No. 64.—Jugé au contraire que la succession mobilière laissée en France par un étranger qui y était domicilié, est régie par la loi française.—Il en est de même du prix d'immeubles situés en pays étranger, si ce prix a été transporté en France, et se trouve ainsi mobilisé.—7 Avril 1835, Riom. (S. V. 35. 2. 374. Dalloz *Périodique* 36. 2. 57.) Sur le premier point V. conf. Gaschon, *Rép. de Favard*, Vo. Aubaine (droit d'), sec. 1, no. 4. —*Contrà*, si l'étranger était domicilié en pays étranger. *Ibid.*

[ARTICLE 6 § III.]

6 § III. Les lois du Bas-Canada relatives aux personnes sont applicables à tous ceux qui s'y trouvent, même à ceux qui n'y sont pas domiciliés; sauf, quant à ces derniers, l'exception mentionnée à la fin du présent article.	6 § III. The laws of Lower Canada relative to persons, apply to all persons being therein, even to those not domiciled there; subject, as to the latter, to the exception mentioned at the end of the present article.
---	--

1 *Leclercq, Droit Romain tit. prél.* } Les lois Romaines n'ont
 sur art. 3 C. N. p. 80. } point de dispositions précises relatives aux principes établis dans cet article, on ne peut que les déduire de quelques dispositions faites pour des cas particuliers et analogues à ceux qu'on pourrait décider par cet article.

“ Habet, (Præses provinciae) interdum imperium et adversus extraneos homines, si quid manu commiserint. Nam et in mandatis principum est, ut curat is qui provinciae præest, malis hominibus provinciam purgare : nec distinguitur undè sint.” *L. 3, ff. de off. præses.*

Voy. *Zachariæ* cité sous art. 6 § II.

Voy. autorités citées sous art. 6 § 4.

*1 *Toullier, N^o. 113* } Ainsi les étrangers qui délinquent
 } sont judiciaires des tribunaux du pays.
 Ils le sont même en matière civile, dans beaucoup de cas, comme nous le verrons par la suite (voy. art. 6 § 4).

*1 *Fœlix, Tit. prél.* } Le premier principe général, en cette
 ch. 3, N^o 9, p. 19. } matière, résulte immédiatement du fait de l'indépendance des nations. “Chaque nation possède et exerce seule et exclusivement la souveraineté et la juridiction

[ARTICLE 6 § III.]

dans toute l'étendue de son territoire." De ce principe il suit que les lois de chaque Etat affectent, obligent et régissent de plein droit toutes les propriétés immobilières et mobilières qui se trouvent dans son territoire, comme aussi toutes les personnes qui habitent ce territoire, qu'elles y soient nées ou non ; enfin, que ces lois affectent et régissent de même tous les contrats passés, tous les actes consentis ou perpétrés dans la circonscription de ce même territoire.

En conséquence, chaque Etat a le pouvoir de régler les conditions sous lesquelles les propriétés immobilières et mobilières existant dans les limites de son territoire, peuvent être possédées, transmises ou expropriées, comme aussi de déterminer l'état et la capacité des personnes qui s'y trouvent, ainsi que la validité des contrats et autres actes qui y ont pris naissance, et les droits et obligations qui en résultent ; enfin, les conditions sous lesquelles les actions peuvent être intentées et suivies dans la circonscription de ce territoire et le mode d'administrer la justice.

Id. liv. 1, tit. 1, } Après le changement de nationalité ou de
 N^o. 28 p. 58. } domicile, changement dont nous parlerons
 ci-après, la loi de la nouvelle patrie ou du nouveau domicile
 exerce sur l'individu les mêmes effets que celle de la patrie
 originaire ou du domicile d'origine avait exercé jusqu'alors.
 Mais il va sans dire que la loi de la nouvelle patrie n'a pas
 d'effet retroactif sur les actes passés antérieurement par l'in-
 dividu. Les obligations résultant d'engagements privés, con-
 tractés au domicile d'origine, reçoivent leur exécution dans
 le domicile de l'individu naturalisé. Il en est autrement des
 obligations résultant du droit public. La succession de cet
 individu se règle par la loi de sa nouvelle nation.

Suivant les données qui précèdent, les expressions de "*lieu du domicile de l'individu*" et de "*territoire de sa nation ou patrie*" peuvent être employées indifféremment.

[ARTICLE 6 § III.]

Ibid. N^o. 30. } “ Le consentement général des nations ci-
vilisées a voulu que ce qui concerne la capa-
cité d'un individu se réglât par les lois du pays auquel il ap-
partient,” dit M. Pardessus.—(Voy. art. 6 § 4).

l *Boullenois*, p. 4, *princ.* } Les lois qui ont pour objet pre-
gⁿ. 9^e. *principe.* } mier, principal et dominant, de ré-
gler l'état et la condition des personnes, sont des lois person-
nelles.

10^e. *principe.* Ces lois personnelles affectent la personne, d'une qualité qui lui est inhérente, et la personne est telle partout.

11^e. *principe.* Les lois personnelles sont, ou personnelles universelles, ou personnelles particulières.

12^e. *principe.* Les lois personnelles universelles sont non-seulement celles qui forment et déterminent l'état et la condition de l'homme, généralement pour tous actes ; telles sont celles qui déterminent la majorité, ou la minorité, celles qui interdisent de toute administration ; mais ce sont encore celles qui ne donnent un état que pour une certaine nature d'acte qui emporte par lui-même, et dans son exercice, une sorte d'universalité. Telles sont les lois qui émancipent un mineur.

13^e. *principe.* Les lois personnelles particulières sont celles qui n'affectent la personne que pour quelques actes particuliers et limités.

14^e. *principe.* Entre ces lois personnelles particulières, il y en a de pures personnelles, parcequ'elles ne règlent que des actes purs personnels. Tel est le *Senatusc. Vell.* et il y en a de personnelles réelles.

15^e. *principe.* Les lois particulières personnelles réelles, sont celles qui ont, dans leur objet, de régler également, e la per-
sonne, et les biens, mais pour quelques actes seulement Telle

[ARTICLE 6 § III.]

est la loi qui permet de tester, celle qui autorise un mineur marié à faire un don mutuel à son conjoint.

*Id. tit. 1, ch. 3, obs. 8, § 4, } “Pourquoi les statuts personnels
p. 147. } s’étendent partout.”*

Quelle est donc la raison pour laquelle les statuts personnels s’étendent au delà de leur territoire ? L’on sent que c’est la nature même de la chose et la nécessité qui exigent que lorsqu’il s’agit de déterminer l’état et la condition des personnes, il n’y ait qu’un juge qui doit être celui du domicile, à qui ce droit puisse appartenir : car étant nécessaire que l’état de l’homme soit réglé et déterminé par les loix d’un seul lieu, et que ce lieu soit certain et fixe, c’est avec beaucoup de sagesse qu’il a été résolu que ce lieu serait celui de son domicile, parcequ’il serait absurde, et qu’il y aurait une vraie contradiction que l’homme changeât d’état et de condition, chaque fois qu’il arriverait dans un pays, soit par mer, soit par terre, de manière que presque en même temps, il serait majeur et maître de ses droits dans un lieu, et sous la puissance d’autrui dans un autre. La femme en même temps serait et ne serait pas sous la puissance de son mari. Un homme serait regardé comme un prodigue dans un lieu, et comme bon ménager dans un autre : d’ailleurs il résulterait de là que la personne ne serait attachée à aucun lieu certain, tandis que les biens fonds ont une assiette fixe, sans qu’il puisse en résulter aucun inconvénient. C’est donc avec beaucoup de sagesse que l’on a réglé que la personne recevrait son état et sa condition du lieu de son domicile.

*Id. tit. 1, ch. 3, obs. } Que les statuts personnels étendent
10, § 2, p. 152. } leurs dispositions au-delà de leur juridic-
tion, et ce principe est celui de tous nos auteurs, et en parti-
culier de M. d’Argentré, art. 218, gl. 6, n. 16 ; c’est le droit et
la condition des statuts personnels. Statutum valiturum extra
territorium, est conditio statutorum personalium ; et ce second*

[ARTICLE 6 § IV.]

principe est vrai par rapport aux qualités personnelles et d'état que la loi du domicile imprime dans l'homme, qui, par cette raison, est affecté de ces qualités, et qu'il porte partout ; l'homme étant le même partout, quant à ses qualités personnelles et d'état, et les loix d'une autre domination ne pouvant agir sur une personne qui ne leur est pas soumise. Il est encore vrai par rapport aux actes personnels, parceque ces actes étant attachés à la personne, leur validité dépend entièrement des qualités et capacités personnelles de celui qui les passe.

C. L. 9. } La loi oblige indistinctement ceux qui habitent
l'état ; l'étranger y est soumis pour les biens
qu'il y possède, et même pour sa personne, pendant sa résidence.

6. § 4. L'habitant du Bas Canada, tant qu'il y conserve son domicile, est régi, même lorsqu'il en est absent, par les lois qui régissent l'État et la capacité des personnes ; mais elles ne s'appliquent pas à celui qui n'y est pas domicilié, lequel y reste soumis à la loi de son pays, quant à son état et à sa capacité.

6. § 4. An inhabitant of Lower Canada, so long as he retains his domicile therein, is governed, even when absent, by its laws respecting the status and capacity of persons, but these laws do not apply to persons domiciled out of Lower Canada, who, as to their status and capacity, remain subject to the laws of their country.

1 *Leclercq, Droit Romain, tit. prél.* } J'applique à cette partie
sur art. 3 C. N. § 3, p. 82. } les mêmes observations que
j'ai mises en tête des deux précédentes (Voy. art. 6 § précédents) ;
il est constant qu'un Romain qui se trouvait en pays étranger

[ARTICLE 6 § IV.]

pouvait tester, mais en observant les formes établies par les lois Romaines, il était donc, quant à la capacité et à sa qualité, soumis à ces lois.

*1 *Toullier*, Nos. 114 et 115. } Les lois ne commandent qu'aux
 } personnes. Néanmoins, si l'on considère leur objet principal, on distingue celles qui ne sont relatives qu'à l'état et à la capacité des personnes, de celles qui règlent la transmission des biens. Les premières sont appelées lois personnelles, les secondes lois réelles.

Nº. 115. L'art. 3 (C. N.) veut que "les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger".

**Voy. Zachariæ et Boullenois*, cités sous les § précédents, art. 6.

*1 *Fœlix*, liv. 1 tit. 1, p. 60. } "Effet du statut personnel."
 } Nº. 29. En règle générale l'effet des lois ne s'étend pas au delà des limites du territoire, et l'application des lois étrangères n'est que la conséquence de considérations d'utilité et de convenance réciproque des nations.

Un long usage a fait établir, en cette matière, diverses règles que nous allons exposer.

Nº. 30. La première de ces règles est relative aux effets du statut personnel. Les lois personnelles suivent la personne partout où elle se trouve : leur force et leurs effets s'étendent sur tous les territoires ; réciproquement les lois personnelles d'un état ne s'appliquent qu'aux nationaux, et n'exercent aucun effet sur les étrangers qui se trouvent momentanément sur le territoire.

[ARTICLE 6 § IV.]

En consultant l'histoire du droit, nous trouvons une règle semblable établie, au commencement du moyen âge. Il y a cependant une grande différence entre les loix personnelles de la dite époque et celles qu'on a désignées plus tard sous la même dénomination. Ces dernières ne s'appliquent qu'à l'état des personnes, tandis que les premières s'étendirent sur tous les rapports quelconques de l'homme, sur les immeubles possédés par lui, sur la forme et la substance de ses actes, etc.

A cette époque, il n'était pas encore question du droit territorial. La règle sur le statut personnel, telle que nous la posons aujourd'hui, a pris naissance depuis l'établissement du principe du droit territorial, et comme une exception à ce principe.

La règle que les loix personnelles suivent la personne, et qu'elles étendent leurs effets au-delà du territoire du domicile, de l'individu, a pour elle l'accord presque unanime des auteurs et de la jurisprudence des tribunaux des diverses nations. Rodenburg (tit. 1, ch. 3, N^o. 4) donne pour motif de cette règle l'intérêt commun des nations : " Il serait contradictoire, dit il, qu'un individu changeât d'état et de condition toutes les fois qu'un voyage l'amène dans un autre endroit ; que dans le même moment il fût majeur ici, mineur là, que la femme fût en même temps soumise à la puissance maritale et libre de cette puissance ; qu'un individu fût considéré dans un lieu comme interdit, et dans un autre lieu comme capable de tous les actes de la vie civile."

En terminant, l'auteur fait observer que le législateur du lieu du domicile a été à même, mieux que tout autre, d'apprécier, suivant le génie de sa nation, à quelle époque ses sujets arrivent à la maturité d'esprit nécessaire pour la bonne gestion de leurs affaires.

Boullenois ajoute : " Par un concours général des nations et une déférence presque nécessaire, les statuts qui règlent

[ARTICLE 6 § IV.]

“ l'état et la condition des personnes se portent dans toutes
 “ les coutumes : elles ont établi entre elles, à cette occasion,
 “ une espèce de droit de parcours ou entrecours, pour le
 “ plus grand bien du commerce et de la société d'entre les
 “ hommes.

“ Le consentement général des nations civilisées a voulu
 “ que ce qui concerne la capacité d'un individu se réglât par
 “ les loix du pays auquel il appartient,” dit M. Pardessus
 (t. VI, N^o. 1482, 1^o.)

La même règle a été reconnue par d'Argentré, Decius, Dumoulin, Tiraqueau, Burgundus, Paul Voët etc.

*1 *Malleville sur art. 3,* } Cet article n'a été ainsi rédigé
 C. N. p. 10. } que d'après la conférence qui eut
 lieu avec le Tribunal : il avait d'abord été proposé d'une manière trop générale ; on y disait : *La loi oblige tous ceux qui habitent le territoire* ; ce qui n'est vrai qu'à l'égard des lois de police et de sûreté, et de celles qui règlent les propriétés foncières, et ne peut s'étendre à celles qui règlent l'état des personnes.

Il faut observer que, quoique le commencement de cet article ne parle que de ceux qui habitent le territoire, sa décision s'applique également aux étrangers qui ne font qu'y passer ; et s'ils y commettent quelque délit, ils doivent être traduits devant les Tribunaux français : il n'y a d'exception que pour les ambassadeurs, à l'égard desquels on se conforme au droit des gens, et à ce qui est réglé par les traités.

Les deux §. de cet article sont conformes à l'ancienne distinction entre les lois réelles et les lois personnelles, distinction très intéressante et qui occasionnait beaucoup de procès, lorsque chaque province de l'Empire avait sa coutume et ses usages particuliers ; alors il importait infiniment de savoir dans quel tribunal l'affaire serait jugée, parceque la décision de la compétence emportait, dans beaucoup de cas, celle du

[ARTICLE 6 § IV.]

fonds; mais aujourd'hui que la loi est la même partout, cette distinction a beaucoup perdu son intérêt, et ne peut guère être usitée que relativement aux Français résidans en pays étrangers.

1 *Marcadé, tit. prél.* } La loi qui fixe l'âge compétent pour le
 N^o. 76 p. 54. } mariage étant un statut personnel *les*
personnes françaises ne pourront pas se marier avant l'âge
 voulu par la loi française, c'est-à-dire dix huit ans pour les
 hommes, et quinze ans pour les femmes (art. 144 C. N). Si
 donc une femme française allait se marier à quatorze ans,
 dans un pays dont la loi permit le mariage à cet âge, son
 mariage n'en serait pas moins nul. De même, la loi qui fixe
 la majorité étant personnelle, *une personne française*, aux
 termes de l'art. 488, ne peut être majeure qu'à vingt et un
 ans et elle le sera toujours à vingt et un ans, en quelque lieu
 qu'elle aille et encore que la loi du pays où elle se trouverait
 fixât la majorité à un âge plus avancé ou plus reculé. Réci-
 proquement (car la loi personnelle étrangère suit aussi les
 étrangers en France), des Allemands qui viendraient demeurer
 en France n'en resteraient pas moins mineurs jusqu'à
 vingt cinq ans, parceque c'est à cet âge qu'on est majeur
 d'après les lois allemandes. De même encore, la loi qui dé-
 termine si et comment un enfant naturel peut être légitimé
 étant un statut personnel, il s'ensuit qu'une personne fran-
 çaise peut être légitimée partout, d'après l'art. 331, par le ma-
 riage subséquent de ses père et mère. Donc, l'enfant naturel
 français serait légitimé par le mariage que contracteraient
 ses père et mère, même en Angleterre, où cependant la légi-
 timation par mariage subséquent n'est pas admise; récipro-
 quement, un bâtard anglais resterait bâtard, malgré le ma-
 riage que ses père et mère viendraient contracter en France.

C'est, on le comprend de reste, parce que les lois qui règlent
 l'état et la capacité des personnes suivent ces personnes par-

[ARTICLE 6 § IV.]

tout, qu'on les a appelées tout spécialement *lois personnelles*. Les lois de police, elles, ne régissent les personnes qu'accidentellement et en tant qu'elles habitent le territoire, tandis que les autres ne quittent jamais les personnes françaises (tant qu'elles continuent d'être françaises) ; elles les suivent en tout pays étranger, non pas seulement lorsqu'elles y ont une simple *résidence*, comme pourrait le faire croire le 3^e alinéa de notre article, mais même quand elles y sont domiciliées. Elles sont donc *personnelles* par excellence.

1 *Duranton tit. prél.* } Les lois qui règlent l'état et la capacité des personnes sont celles qui établissent les droits des Français et des étrangers, qui distinguent les majeurs des mineurs, qui consacrent la puissance paternelle et maritale, qui fixent l'âge requis pour le mariage, etc. Leur objet direct, immédiat, ce sont les personnes ; si elles exercent quelquefois leur effet sur les biens, ce n'est qu'indirectement et par conséquence.

Le Français est soumis à ces lois même en pays étranger : elles le suivent partout. Nulle part il ne peut se soustraire à son empire, tant qu'il demeure Français.

Cet ordre de lois s'appelle, dans le langage des jurisconsultes, statut personnel.

1 *Boileux, tit. prél.* } Sous l'empire des coutumes, la théorie p. 20-21. } sur les statuts avait une haute importance, car la plupart des procès faisaient naître des conflits entre les règles coutumières des localités diverses, et souvent des questions inextricables. L'uniformité de la législation a tari la source de ces difficultés ; aujourd'hui, le conflit n'est possible qu'entre les lois françaises et les lois étrangères. Aussi n'envisagerons-nous la nature des statuts que sous ce dernier rapport.

[ARTICLE 6 § IV.]

Les lois personnelles sont celles qui ont pour objet essentiel et prédominant les personnes, qui ne traitent des biens qu'accessoirement, à titre de moyen pour atteindre le but qu'elles se proposent. Dans cette catégorie, viennent se placer les lois qui règlent l'état et la capacité des personnes, la nature et l'étendue de la puissance paternelle, la nationalité, l'âge auquel on devient majeur, les conditions requises pour le mariage, pour l'émancipation ou pour l'adoption, les causes, les effets et la forme de l'interdiction, etc. Ces lois s'attachent à la personne, et la suivent en tous lieux ; on ne cesse pas d'être Français parce qu'on se trouve momentanément en pays étranger ; l'état de l'homme est indivisible : ainsi, le Français sera majeur à l'âge de 21 ans accomplis, bien qu'il habite un pays où la minorité se prolonge jusqu'à 25 ans ; il ne pourra se marier valablement avant l'âge de 25 ans accomplis, sans le consentement de ses père et mère (C. N. 148), bien que ce consentement ne soit pas exigé par les lois du pays où il se trouve ; l'enfant légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère, quoique la légitimation ne soit pas admise dans le pays où le mariage est célébré.

Par les mêmes motifs, il faut décider que l'étranger reste soumis aux lois personnelles de son pays lorsqu'il habite la France ; peu importerait même qu'il eût obtenu du gouvernement français l'autorisation de s'y fixer : sans doute il jouirait alors de certains avantages refusés à l'étranger non autorisé ; mais son état ne serait pas pour cela régi par la loi française (art. 13 C. N.).

Cubain ch. 10, N^o. 673, } La position de l'étranger domicilié
p. 414-415. } en France avec l'autorisation du Roi
 ne diffère de la position de l'étranger simplement résidant en France qu'en ce qui concerne la capacité de succéder (nous raisonnons comme si la loi du 14 juillet 1819 n'avait point modifié le Code Civil. Il est évident que, depuis cette loi,

[ARTICLE 6 § IV.]

l'art. 13 ainsi que l'art. 11 du Code Civil n'ont plus d'objet; cela est si vrai qu'il n'arrive que bien rarement, que nous sachions du moins, que des étrangers demandent au Roi l'autorisation de résider en France). L'art. 13 du Code Civil, en effet, ne peut avoir été conçu dans un autre ordre d'idées que l'art. 11 du même Code.

L'étranger domicilié en France avec l'autorisation du Roi demeure donc soumis à sa loi nationale, dans tous les cas où l'étranger simplement résidant en France y demeure soumis.

Id. N^o. 674. } Ces principes étant posés, la condition juridique de la femme se découvre en quelque sorte d'elle-même.

Il est évident que les relations de la femme comme épouse, comme mère, comme tutrice, sont réglées par la loi étrangère, lorsque le conjoint, l'enfant ou le pupille de la femme, est lui-même étranger. * Ainsi, pour citer quelques exemples, la femme sujette du Roi des Deux Siciles pourrait demander en France la séparation de corps contre son mari si celui-ci vivait publiquement avec une concubine. (La femme peut demander, avec le conseil de deux de ses plus proches parens, la séparation de corps pour cause d'adultère du mari, lorsqu'il vit publiquement avec une concubine, art. 219 C. C. des Deux-Siciles).

Ainsi encore la femme sujette du Canton de Vaud ne pourrait exercer en France la tutelle de ses enfans qu'avec l'assistance d'un conseil. (La mère tutrice sera pourvue d'un conseil, sans le consentement duquel elle ne pourra faire pour la tutelle *certaines actes déterminés*, (art. 215, C. C. du Canton de Vaud).

* Voy. *Sirey* cité sous art. 6 § 4 No. 39.

[ARTICLE 6 § IV.]

Mais comme la loi étrangère n'a point d'application quand ses dispositions sont contraires à l'ordre public établi en France, il faut décider que la femme étrangère divorcée ne pourrait contracter un nouveau mariage en France; la femme étrangère ne pourrait même obtenir, en vertu des lois de son pays, sa séparation de corps par consentement mutuel. (La séparation de corps pourra être prononcée par le juge sur la demande faite conjointement par les deux époux, sans alléguer de cause déterminée. (Art. 291, C. C. Hollandais).

Id. N^o. 676. } Nous avons établi que les étrangers cessent
 } d'être régis par leur loi nationale, lorsque les
 intérêts généraux de la société française exigent qu'il en soit
 ainsi. Cette règle s'applique aux lois qui règlent la capacité
 des personnes comme à toutes autres lois. Par conséquent,
 on doit décider que la femme étrangère a capacité pour s'o-
 bliger en France pour ses besoins personnels, lors même que
 sa loi nationale la déclare incapable; car il est d'ordre public
 que toute personne puisse contracter les engagements néces-
 saires pour subvenir à ses besoins. (Bruxelles, 23 fév. 1808, et
 25 Aout 1810, Dict. alphab. de Dalloz, 10, 144). Il ne suffit
 pas, pour que la loi étrangère soit réputée contraire à l'ordre
 public, qu'elle soit fort différente de la loi française; ainsi la
 femme non mariée, sujette du Canton de Berne, n'aura capa-
 cité pour s'engager en France qu'avec l'assistance du conseil
 auquel elle est soumise par les lois de son pays (art. 303 et
 suiv. C. C. de Berne).

Si la loi nationale de la femme permet de remplacer l'au-
 torisation maritale par l'autorisation de justice, la femme
 peut se faire autoriser par les tribunaux français. Les formes
 de la procédure seront celles qui sont prescrites par la loi
 française. (Bruxelles, 29 Aout 1811.—S., 12, 2, 264).

Id. N^o. 677. } On accordera sans peine que les conventions
 } matrimoniales des époux étrangers sont régies
 en France par la loi nationale de ces époux; car la loi fran-

[ARTICLE 6 § IV.]

gaise ne peut refuser de reconnaître la validité des conventions passées sous l'empire d'une loi étrangère. Ne serait-ce pas chose inouïe que d'élever la prétention que la femme qui, conformément à sa loi nationale, est mariée sous le régime de la communauté universelle, (art. 174, 5, 6 C. C. Holl.) ou sous le régime de la communauté d'acquêts (art. 2132 C. C. de la Louisiane) ou sous le régime dotal (art. 1346 C. C. des Deux-Siciles) est placée en France sous le régime de la communauté légale tel qu'il est déterminé par le Code Civil français ?

Id. N^o. 679. } L'hypothèque légale est une conséquence du
 } mariage.—Cass., 2 Mai et 11 Aout 1825, D., p. 25,
 1, 407). * Or, les mariages passés en pays étranger et sous
 l'empire d'une loi étrangère, produisent en France tous les
 effets qui leur sont attribués par la loi étrangère, lorsque,
 d'ailleurs, ces effets ne sont pas contraires à l'ordre public
 établi en France. D'où nous concluons que la femme étran-
 gère à qui sa loi nationale accorde une hypothèque sur les
 biens de son mari peut exercer son hypothèque même sur les
 immeubles situés en France.

Notre décision se place comme moyen terme entre deux doctrines opposées et trop exclusivement absolues.

MM. Grenier et Dalloz (D.A. vo. loi p. 844) enseignent que l'hypothèque légale étant une concession du droit civil, n'a été introduite qu'en faveur des regnicoles ; M. Troplong, au contraire, pense que l'hypothèque est du droit des gens, et il en conclut, sans restriction aucune, que la femme étrangère a une hypothèque légale sur les immeubles de son mari situés en France. (Trop. Hyp. t. 11, N^o. 513 *bis*)

MM. Grenier et Dalloz ont raison contre M. Troplong, quand la loi nationale de la femme ne lui accorde pas une hypothèque légale ; car il est évident que la femme, mariée

Voy. *Sirey* cité sous art. 6 § 1. N^o. 40 *bis*.

[ARTICLE 6 § IV.]

sous l'empire d'une loi étrangère, ne peut prétendre que son mariage produit en France les conséquences qui résultent du mariage contracté sous l'empire des lois françaises ; mais réciproquement. M. Troplong a raison contre MM. Grenier et Dalloz, quand la loi, sous l'empire de laquelle le mariage a été contracté, ne confère pas à la femme une hypothèque légale ; car il est certain que la femme étrangère à qui sa loi nationale accorde une hypothèque légale ne peut pas plus être privée du droit d'exercer cette hypothèque en France, qu'elle ne pourrait être privée du droit d'avoir une hypothèque conventionnelle sur les immeubles de son mari situés en France.

L'hypothèque légale de la femme étrangère sur les immeubles situés en France, est soumise aux règles de la purge et de l'ordre, et à toutes les dispositions qui intéressent le crédit public français.

Id. N^o. 680. } Les lois relatives à la faillite sont d'intérêt général, par conséquent, ces lois régissent la faillite de la femme étrangère, lorsque cette faillite s'ouvre en France.

Par le même motif, la femme dont le mari étranger est tombé en faillite est soumise aux dispositions de la sec. 4, ch. 7, liv. 3, Code de Commerce.

Id. N^o. 681. } Les époux peuvent être l'un Français, l'autre étranger, mais ce n'est qu'autant que l'un d'eux a éprouvé, postérieurement au mariage, un changement de nationalité.

Or, il est évident que le changement de nationalité, éprouvé par l'un des époux après le mariage, ne peut changer au préjudice de son conjoint les droits et les obligations qui sont nés du mariage, conformément à la loi sous l'empire de laquelle le mariage a été contracté.

[ARTICLE 6 § IV.]

Ce principe est d'une rigoureuse équité. Par conséquent, il est applicable même au profit de l'époux demeuré étranger et contre l'époux devenu Français. On ne peut, en effet, prétendre que les règles de l'équité puissent être violées à l'égard des étrangers.

Ainsi, de même qu'on ne peut pas admettre que la femme française, séparée de corps, qui se fait sujette de l'Etat de la Louisiane, sans que son mari perde la qualité de Français, est affranchie de la nécessité de l'autorisation maritale (art. 125 C. de la L.); de même aussi on ne doit pas décider que la femme, dont le mari s'est fait naturaliser Sarde, et qui cependant est restée Française, perd ses gains nuptiaux et les libéralités qu'elle tient de son mari, si elle contracte un nouveau mariage, avant dix mois révolus depuis le décès de son mari.

Les mêmes observations s'appliquent, mais en sens inverse, au cas où l'un des époux, soit le mari, soit la femme, devient Français, d'étranger qu'il était.

Id. N^o. 682. } Lorsque les père et mère et les enfans n'ont
 } pas la même nationalité, il faut décider (et cette
 règle est parfaitement semblable à celle que nous avons posée au numéro précédent) que le changement de nationalité éprouvé soit par les parens, soit par les enfans, n'a pas pour effet de modifier au préjudice de ceux qui ont conservé leur nationalité les droits et les obligations résultant des lois sous l'empire desquelles les rapports de paternité et de filiation se sont primitivement établis. Ainsi, l'on n'admettra point que la fille Française d'origine, et dont les parens sont demeurés Français, obtienne, en se faisant naturaliser sujette du Roi des Deux-Siciles, le droit d'exiger une dot de ses parens (art. 194, C. C., Deux-Siciles), ou bien dans l'hypothèse où ce seraient les parens qui deviendraient membres de l'Etat des Deux-Siciles et où la fille demeurerait Française, que celle-ci se trouve privée jusqu'à son mariage du droit d'abandonner le domicile de ses père et mère (art. 220, C. C. des D. S.)

[ARTICLE 6 § IV.]

Id. No. 683. } Mais si les deux époux ou bien les père et
 } mère et les enfans changent tous de nationalité,
 ils cessent, pour ce qui concerne les droits et les obligations
 qui dérivent de l'état et de la capacité des personnes, d'être
 soumis pour l'avenir aux lois de la patrie qu'ils ont abdiquée.

Dans ce cas, les relations de la femme comme mère et
 comme épouse seront réglées par la loi de sa nouvelle patrie.

1 *Demolombe, Tit. prél.,* } Voici quelle serait ma théorie
ch. III, p. 109. } sur ce point :

En règle générale, l'étranger doit demeurer soumis, en
 France, à la loi personnelle de son pays, à moins que l'appli-
 cation de cette loi, ne soit de nature à compromettre un inté-
 rêt français, soit public, soit privé. (Comp. Delsol, *de l'appli-
 cation du Statut personnel de l'étranger en France, Revue Criti-
 que de Législation*, 1868, t. XXXII, p. 481 et suiv.)

99.—Ainsi, un étranger, capable de se marier d'après la loi
 française, mais incapable d'après la loi étrangère, ne pourra
 pas contracter mariage en France ; l'officier civil ne devra
 pas procéder à la célébration. (Paris, 13 juin 1814, *Sty'les*, Si-
 rey, 1815, II, 67). C'est donc avec raison qu'une circulaire du
 ministre de la Justice aux Procureurs-Généraux, en date du
 4 mars 1831, porte qu'on ne doit procéder, en France, à la
 célébration du mariage d'un étranger, qu'autant qu'il justi-
 fie, par un certificat des autorités de son pays, qu'il a la ca-
 pacité requise pour se marier. (*Voy.* aussi Rennes, 16 mars
 1842, *Duranger, Dev.*, 1842, II, 211.)

De même, le testament fait par un étranger capable
 de tester d'après la loi française, mais incapable d'après la
 loi étrangère, ne devra pas être exécuté, même sur les biens
 situés en France. •

Dans tous ces cas et autres semblables, je ne vois pas de dif-
 ficulté à décider que l'étranger demeurera soumis à sa loi
 personnelle ; et je pense, avec Fœlix, que nous devons, le plus

[ARTICLE 6 § IV.]

possible, maintenir l'application de cette règle de droit international, consacrée même aujourd'hui textuellement dans plusieurs pays. (Cod. Civ. d'Autriche, art. 34 ; Cod. Gén. de Prusse, art. 23, *de l'Introd.* ; comp. Bastia, 16 février 1844, P..., Dev., 1844, II, 663 ; Caen, 18 nov. 1852, Manoury, Dev., 1852, II, 452, Bastia, 8 déc. 1863, Costa., Dev., 1864, II, 20, Demangeat, No. 82 ; Mathieu Bodet, *Dissertation* dans la *Revue de droit Français et Etranger*, 1846, t. III, p. 542.) — Toutesfois, il est vrai que quelques Législations Européennes ont, au contraire, positivement disposé que les étrangers, dans le territoire qu'elles gouvernent, ne pouvaient pas invoquer les lois personnelles de leur patrie (Code Civ. des Pays-Bas, art. 9 ; Code du Royaume des Deux-Siciles, art. 5) ; et que d'autres législations, tout en consacrant la règle contraire, y ont admis certaines modifications dans l'intérêt des nationaux. (Comp. Fœlix, p. 45 et suiv.)

Or, il est facile de comprendre que le principe, à cet égard, n'étant pas, chez nous, formulé dans un texte, l'application en sera nécessairement faite avec plus ou moins d'extension et de faveur, suivant l'état de la législation du pays à laquelle l'étranger appartiendra. Cette réciprocité, cette *ré-torsion*, comme on dit, paraissent même, jusqu'à un certain point, conformes à l'esprit général de notre Code. (Argum. de l'art. 11.)

C'est donc sous la réserve de toutes les influences qui peuvent agir sur notre sujet, que je maintiens la règle générale que j'ai posée plus haut, et que je vais maintenant expliquer comment je comprends les deux exceptions que j'y ai faites.

100.—Et d'abord, il ne faut pas que l'application de la loi personnelle étrangère puisse compromettre l'ordre public. (Comp. Paris, 2 août 1866, de Civry, Dev., 1866, II, 342.)

Un étranger appartenant à un pays où la polygamie est admise, demande à contracter, en France, un second maria-

[ARTICLE 6 § IV.]

ge avant la dissolution du premier ; nous ne devons point apparemment sacrifier, pour cette loi étrangère, toutes nos règles de morale, tous nos principes d'honnêteté publique ! (Art. 147.)

On lit le passage suivant dans une circulaire ministérielle du 10 mai 1824, insérée dans le Recueil de Sirey (1829, II, 285.)

“ Les étrangers, qui se marient en France, sont soumis, comme les sujets du Roi, à la nécessité d’obtenir des dispenses dans les cas déterminés par la loi, quand même celle de leur pays ne leur imposerait pas cette obligation ; par la raison que le mariage, étant un contrat du droit des gens, est toujours, quand à la forme, régi par la loi du pays où il se passe. Il n’y a pas de distinction à faire entre le cas d’un mariage contracté entre deux étrangers et celui d’un mariage contracté entre un étranger et un Français. ”

Cette dernière proposition serait, à mon avis, contestable ; la nécessité d’une dispense est évidente, lorsque le mariage a lieu entre un Français et un étranger ; car, dans ce cas, la dispense est exigée pour le Français lui-même. Mais cette nécessité ne paraît pas aussi bien justifiée, lorsqu’il s’agit de deux étrangers, capables, d’après la loi de leur pays, de se marier. Il me semble, en effet, qu’il ne s’agit pas ici d’une forme de la célébration du mariage, mais bien plutôt d’une condition de capacité personnelle. Quoiqu’il en soit, on peut expliquer cette exigence, même dans le cas d’un mariage entre deux étrangers, par la raison que le mariage entre personnes parentes ou aliées au degré prohibé est, chez nous, considéré comme contraire à l’ordre public, tant que le gouvernement ne l’a pas autorisé par une dispense. La circulaire du Garde-des-Sceaux du 29 avril 1832, porte, en effet, que les règles sur les dispenses d’âge, *intéressant l’ordre public et*

[ARTICLE 6 § IV.]

les bonnes mœurs, sont également applicables aux étrangers qui voudraient se marier en France. (Duvergier, *Collect. des Lois*, 1832, p. 193.)

101.—Mais faut-il aller jusqu'à prétendre qu'un étranger, un Anglais, un Polonais, par exemple, divorcé d'après les lois de son pays, ne pourra pas contracter mariage en France, avec une étrangère ou même avec une Française ?

Plusieurs arrêts ont jugé que le mariage n'était pas possible ; et tel est aussi le sentiment d'un certain nombre d'auteurs. (Paris, 30 août 1824, Mary Bryan, Dev., 1825, II, 67 ; Paris, 28 mars 1843, le maire du 7^e. arrondissement ; Dev., 1843, II, 566 ; Poitiers, 7 janvier 1845, de Maynard, Dev., 1845, II, 215 ; Paris, 20 nov. 1848, Courvoisier, Dev., 1849, II, 11 ; Paris, 4 juillet 1859, B..., D., 1859, II, 153 ; arrêt cassé, *infra* ; Demangeat, *Revue Pratique de Droit Franc.*, t. I, 1856, p. 57 ; Mailher de Chassat, *Des Statuts*, No. 127 ; Demante, Tome I, p. 45, note I ; Dutruc, *Observations* sur l'arrêt du 4 juillet 1859, Dev., 1859, II, 401.) Ces décisions reposent sur plusieurs motifs :

1o. L'étranger, afin de pouvoir se marier en France, *ne doit se trouver dans aucun des cas de prohibition prévus par la loi française* ; 2o. Sa capacité personnelle *ne peut relever le Français des empêchements dirimants du Code qui le régit* ; 3o. Enfin, *le divorce n'est pas admis en France ; et il s'agit ici d'une prohibition d'ordre public.*

La doctrine de ces arrêts nous paraît très-contestable.

En effet :

1o. Dire que l'étranger, pour se marier, en France, doit être, sous tous les rapports, capable d'après la loi française, c'est nier absolument le principe de l'application des lois personnelles étrangères à l'étranger en France ; or, nous pensons avoir prouvé que ce principe est vrai et doit en général être observé !

[ARTICLE 6 § IV]

20. Dire que la capacité personnelle de l'étranger ne relève pas le Français de son incapacité personnelle, c'est confondre tout-à-fait les deux lois, les deux capacités personnelles différentes. Je comprendrais cet argument s'il s'agissait d'un empêchement fondé sur une qualité commune aux deux futurs époux, par exemple, si un étranger, capable dans son pays d'épouser sa nièce sans dispense, prétendait épouser sa nièce française sans dispense accordée par l'Empereur (art. 163, 164 ; *suprà* no. 100). Duranton enseigne *qu'un Français pourrait valablement épouser une femme étrangère, qui aurait moins de quinze ans révolus*, (art. 114), *si cette femme avait l'âge fixé par les lois de son pays*, (T. I. p. 51). Certes, on serait plus autorisé à dire de cette espèce de condition, qu'elle réagit sur la capacité du Français lui-même, puisqu'elle a pour objet les conséquences futures du mariage, et dès lors les conséquences communes aux deux époux. Tel serait même mon avis dans l'hypothèse proposée par cet auteur. Mais il en est tout autrement du divorce, qui a dissous le premier mariage de l'un des futurs époux ; ce divorce est un fait passé, et d'ailleurs tout relatif et personnel.

30. Enfin, on a invoqué la morale publique. Il ne s'agit pas d'exprimer ici une opinion sur le divorce ; je n'hésiterais point d'ailleurs à dire que je n'en suis point partisan, et que l'indissolubilité du mariage me paraît l'une des conditions les plus essentielles à maintenir dans l'intérêt des familles et de l'Etat. Mais pourtant, je ne crois pas non plus qu'on puisse considérer le divorce à l'égal de la polygamie, comme un de ces attentats à la morale universelle, que les nations policées ne doivent absolument pas reconnaître. Le divorce est admis par plus d'une législation en Europe ; il l'a été chez nous, depuis 1792 jusqu'en 1816 ; et trois fois, sous la monarchie de 1830, l'une des branches du pouvoir législatif en a voté le rétablissement. C'est donc, après tout, un mode comme un autre de dissolution civile du mariage ; et je ne vois pas de mo-

[ARTICLE 6 § IV.]

tifs suffisants pour que nous ne lui reconnaissons pas cet effet dans la personne des étrangers.

Eh ! que dirait-on, si le mariage de l'Etranger avait été dissous dans son pays, en vertu d'une autre cause, que nos lois n'admettraient pas non plus : pour cause d'impuissance naturelle, par exemple ? Si vous reconnaissez ce mode de dissolution, pourquoi nier le divorce ? Et si vous ne le reconnaissez pas, comment ne pas être effrayé de toutes les conséquences qui vont s'en suivre ? Il faudra donc alors juger, d'après nos lois françaises, toutes les questions d'Etat relatives aux Etrangers, et les considérer comme bigames, bâtards, adultérins et incestueux, s'il arrive qu'un mariage, valable d'après la loi étrangère, ne le soit pas d'après la nôtre ? Dans l'affaire jugée en 1843, par la cour de Paris, la première femme du Polonais divorcé s'était remariée en pays étranger ; est-ce que les enfants de cette union ne devraient pas être regardés, même chez nous, comme légitimes. Est-ce que, si ce Polonais se remariait en pays étranger, soit avec une étrangère, soit même avec une Française, nous ne regarderions pas ce mariage comme légitime ? Eh ! vraiment, il le faudrait bien, sous peine de violer toutes les règles de droit international et de jeter, dans tous nos rapports avec les étrangers, la plus inextricable confusion. Bien plus ! si un tel mariage avait été célébré même en France, est-ce qu'il serait possible d'en prononcer la nullité ? Nous ne croyons pas, en vérité, que la doctrine que nous combattons, voulut elle-même aller jusque-là ; et pourtant, si l'article 147, est applicable dans ce cas, l'article 184 doit l'être aussi nécessairement ; et cet empêchement, s'il existe, ne saurait être que dirimant !

Ajoutez qu'on avoue que si un Français, divorcé en France, avant la loi de 1816, abolitive du divorce, demandait aujourd'hui à se remarier, on ne pourrait pas l'en empêcher. Eh bien, n'est-ce pas reconnaître le principe même que nous défendons,

[ARTICLE 6 § IV.]

à savoir que le mariage est valablement dissous, lorsque cette dissolution a été prononcée, en vertu de la loi par laquelle il était régi. (Nancy, 30 mai 1826, Nass. Sirey, 1826, II, 256 ; Cass., 16 déc., 1845, Plasse, Dev., 1346, I, 100 ; Cass., 21 juin 1858, *Minist. Publ.*, 1858, I, 265 ; Cass., 28 févr., 1860, Bulkley, Dev., 1860, I, 210 ; Orléans, 19 avril 1860, mêmes parties, Dev., 1860, II, 196 ; Merlin, *Quest. de Dr.*, vo. Divorce, § 13 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, T. 1, page 37 ; La Plaidoirie de M. Dufaure dans la *Gazette des Tribunaux* du 5 juillet 1859 ; et les conclusions de M. le Proc.-Génér. Dupin, Dev., 1860, I 210, 223).

102.—J'ai dit encore que, si l'application de la loi personnelle étrangère devait compromettre un intérêt français, même privé, nous ne devrions pas l'admettre.

Un étranger, mineur d'après sa loi personnelle, mais majeur d'après la loi française, a contracté en France, avec un Français ; l'obligation est-elle valable ?

Une femme étrangère, incapable de s'obliger même avec l'autorisation de son mari, d'après sa loi personnelle, mais capable d'après la loi française, s'est obligée en France, envers un Français, et lui a concédé une hypothèque sur un immeuble situé en France ; l'obligation, l'hypothèque sont-elles valables ?

Ces hypothèses se sont présentées dans la pratique, et elles ont été résolues, dans un sens et par des motifs, qui semblent consacrer le premier système, d'après lequel les lois personnelles étrangères ne suivent pas l'étranger en France. (Paris 15 Mars 1831, Bonar, D., 1831, II, 112 ; Cass. 17 juillet 1833, Bonar, D., 1833, I, 303 ; Paris, 17 juin 1834, Fontellas, Dev., 1834, II, 371).

Aussi, Duranton a-t-il blâmé ses arrêts *comme contraires aux véritables principes* (t. I, p. 58) : *C'est la faute du Français*, dit-il, *s'il ne s'est pas mieux informé de la capacité de l'Etranger*

[ARTICLE 6 § IV.]

avant de traiter avec lui ; et Fœlix lui reproche de même, *d'avoir préféré traiter sans s'entourer de renseignements* (p. 115).

En ce qui me concerne, je maintiendrais, même dans les rapports privés des Français avec les Etrangers en France, je maintiendrais, dis-je, la règle que les lois personnelles suivent les étrangers dans notre pays.

Je dirais donc que si, d'après sa loi personnelle, l'étranger était incapable de s'obliger, de consentir hypothèque, etc., l'obligation, l'hypothèque par lui consenties pourront être annulées.

Mais, en même temps, j'ajoute que le Français sera admis à prouver que sa bonne foi a été trompée, et qu'il ne serait pas, dans ce cas, nécessaire, comme paraît l'exiger Fœlix, (p. 116), que la conduite de l'Etranger constituât un délit d'escroquerie ou d'abus de confiance, ni même un dol essentiellement caractérisé. Il suffirait, suivant moi, que des circonstances du fait il résultât, pour les magistrats, la preuve que le Français n'a pas agit avec légèreté, avec imprudence, et qu'au contraire, l'étranger a cherché à l'induire en erreur.

Ainsi, lorsqu'à la demande en nullité formée par l'étranger, le Français créancier répondra qu'il s'agit d'obligations contractées pour fourniture d'aliments, de marchandises à l'usage de la personne, ou même pour loyers de maisons, &c., je validerais l'obligation, parcequ'il n'y a là ni imprudence ni légèreté de la part du Français ; parceque, loin d'être nuisible à l'étranger, cette solution lui est favorable et lui donne du crédit pour toutes les choses nécessaires à son existence en France. (Paris, 19 mai 1830, Lanoë, Sirey, 1830, II, 222 ; Paris, 19 oct. 1854 ; Husson, Dev., 1854, II, 679, Paris, 6 janvier 1855, Aslan, Dev., 1855, II, 39 ; Cass., 16 janvier 1861, Lizardi, Dev., 1861, I, 305).

Mais s'il s'agit de contrats plus importants, de ventes d'immeubles, d'emprunts d'argent, consentis par l'étranger, je se-

[ARTICLE 6 § IV.]

rais plus difficile envers le Français, acheteur ou prêteur ; je rechercherais si l'étranger était depuis longtemps ou récemment arrivé en France ; s'il y avait ou non sa résidence habituelle, si les conditions de la vente, de l'emprunt, ne sont pas telles qu'elles accusent la bonne foi du Français ; si enfin il résulte des faits qu'il s'est informé, comme il le devait, beaucoup plus sérieusement pour des actes de cette importance, de l'état et de la capacité de l'étranger, et que celui-ci lui a fourni des renseignements trompeurs. Eh ! bien, suivant tous ces éléments de la cause je maintiendrais ou j'annullerais l'obligation.

Il me semble que cette théorie concilierait les principes avec tous les intérêts, que, dans ces sortes de questions, il est nécessaire de protéger. (Comp. Merlin, *Répert.* Vo. Loi, § 6 ; Pardessus, *Cours de Droit commerc.*, t. V, no. 1482 ; Demangeat, no. 82 ; Mathieu Bodet, *Revue de Droit Franc. et étr.*, 1846, p. 542 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 83).

103.—Du principe que les lois personnelles étrangères suivent (sauf les modifications indiquées) l'étranger en France, il me paraît résulter que les jugements des tribunaux étrangers, lorsqu'ils sont, comme dit Merlin, *constitutifs* de l'état des personnes, doivent avoir, en France, le même effet que la loi personnelle, en vertu de laquelle ils ont été rendus, sans être soumis par conséquent, à l'application des articles 2123 du Code Napoléon et 546 du Code de Procédure que nous expliquerons plus tard. (Rép. t. XVII, p. 472, vo. *Question d'Etat* ; comp. aussi Douai, 5 mai 1836, Lacroix, Dev., 1836, II, 428 ; Aix, 8 juillet 1840, Resignani, Dev., 1841, II, 263 ; Bordeaux, 22 Déc. 1847, Bizot, Dev., 1848, 228 ; Demangeat, No. 82 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I. p. 86).

Aussi, un Arrêt de la Cour de Paris n'a-t-il refusé d'appliquer cette règle, que parcequ'il s'agissait, dans l'espèce, d'un acte essentiellement politique (16 janvier 1836, le duc de Cambridge, Dev., 1836, II, 70).

[ARTICLE 6 § IV.]

6 *Pardessus, Droit Comm. part.*, } 1°. Un acte, quel qu'il soit,
 7, *Tit. 7. ch. 2, s. I, No. 1482.* } ne peut être stipulé que par
 des personnes capables de s'engager ; et le consentement général des nations civilisées a voulu que ce qui concerne la capacité d'un individu, se réglât par les lois du pays auquel il appartient. Une personne déclarée incapable par la loi du pays dont elle est sujette, ne peut être relevée de cette incapacité par l'application d'une loi française. Elle n'est capable que dans les limites de sa loi nationale, pour les actes qu'elle lui permet, et même qu'en remplissant les conditions prescrites par cette loi. Ainsi, les Français mineurs, incapables de s'obliger pour engagements de commerce, s'ils n'ont été émancipés et autorisés, comme on l'a vu n. 57, ne peuvent s'obliger pour affaires commerciales en pays étrangers, quand même la loi de ce pays n'exigerait pas ces conditions. Ainsi, la femme d'un Français qui ne serait point marchande publique, n'est pas réputée avoir valablement contracté des engagements, même pour le commerce, si elle n'était autorisée par son mari. L'incapacité de ces personnes les suit partout. Peu importerait, dans ce dernier cas, que cette femme eut contracté dans son pays d'origine, dont la loi n'exigerait pas cette autorisation. En épousant un Français, elle est devenue Française, et sa capacité est réglée par les lois françaises.

1482.—2°. Par le même motif, les tribunaux français ne peuvent considérer comme valables les engagements commerciaux qu'auront souscrits, en France, des mineurs ou des personnes du sexe à qui la loi de leur pays en aurait refusé la capacité, lors même que les lois dont ces individus sont sujets exigeraient des conditions autres que celles que prescrivent les lois françaises, car l'intérêt d'un gouvernement est de faire respecter, en faveur du sujet d'un autre, lorsqu'il est traduit devant les tribunaux de son territoire, les lois sur la foi desquelles cet étranger a contracté, et même de ne pas tolérer qu'il se soustraye, en changeant de juri-

[ARTICLE 6 § IV.]

diction, aux lois qui règlent sa capacité, et auxquelles le soumet, quelque part qu'il habite, la fidélité qu'il doit à son souverain. Sans cela, ce gouvernement exposerait ses propres sujets à ce que d'autres les traitassent avec la même injustice, en usant de ce qu'on nomme droit de *rétorsion* ou de *représailles*.

Mais aussi, l'étranger né sous une législation qui n'exige pas autant de formalités que celle de France, pour qu'un mineur, ou une personne du sexe, soit autorisé à faire le commerce, ne pourrait pas s'étayer de nos lois pour se soustraire à son engagement. On ne peut avoir droit d'invoquer, sur le même objet, deux législations différentes. La loi qui règle la capacité de l'étranger le suit partout ; il serait contraire à la justice qu'il puisât dans une législation à laquelle il ne serait pas soumis, un avantage que ne lui accorde pas la sienne propre.

1483.—Toutefois, les règles que nous venons d'exposer ne doivent pas s'appliquer à certaines prohibitions particulières, par exemple, à celles qui sont faites aux personnes nobles ou constituées en dignité, de souscrire des lettres de change ou autres engagements qui entraînent la contrainte par corps. En vain, dirait-on, que c'est une loi personnelle qui suit l'étranger partout où il peut aller ; qu'il en est, dans ce cas, comme d'un mineur, d'une femme en puissance de mari, et qu'on doit connaître l'état et le pouvoir de la personne avec qui on traite !

Ce principe ne peut s'appliquer qu'à l'état universel, comme celui de majeur ou de mineur, de femme en puissance de mari ou libre de cette puissance. Toutes les nations civilisées se sont accordées à ne reconnaître la capacité qu'à un certain âge, à placer la femme dans la dépendance plus ou moins étroite de son mari.

Quiconque traite avec un individu, peut donc lui demander la preuve qu'il est majeur, et s'il est mineur, s'éclairer

[ARTICLE 6 § IV.]

sur les conditions d'après lesquelles il peut s'engager valablement ; quiconque contracte avec une personne du sexe, peut s'assurer si, ou non, elle est mariée.

Dans l'un et l'autre cas, on peut prévenir le danger des fausses allégations en demandant des garanties, en exigeant que la personne se fasse certifier ; ce qui n'est pas plus difficile que l'attestation d'identité exigée dans un grand nombre de circonstances.

Au contraire, les prohibitions faites à raison des qualités, sont plus arbitraires, elles sont fondées sur une utilité moins générale, et nous ne pensons pas qu'elles puisse être invoquées plus que celles dont nous avons parlé, N. 72 et suivants. Au moins, cette exception ne serait susceptible d'admission qu'entre les sujets du même Etat, ou chaque fois que l'incapacité aurait été connu de celui qui a traité avec l'incapable, et seulement si la loi qui crée cette incapacité prononçait la nullité de l'obligation.

On peut, à l'aide de ces principes, résoudre la question à laquelle donnerait lieu un paiement fait en pays étranger, par un Français dont la faillite ouverte en France, serait régie par les lois françaises. Nous n'hésitons point à croire que s'il a été fait à un Français, ce paiement ne fût susceptible d'annulation par les tribunaux français, dans les cas prévus N. 1139. Il est plus douteux que l'étranger qui l'aurait reçu, fût tenu à ce rapport. Du reste, nous pensons que l'étranger déclaré failli dans son pays, ne pourrait obtenir sa réhabilitation des tribunaux français, et que la réhabilitation obtenue par un failli français, en pays étranger, serait sans effet en France.

1484.—Les divers obligés à une même dette peuvent être soumis, en ce qui touche la capacité, à des législations différentes ; ce qui doit produire un conflit chaque fois qu'il faut considérer les effets des actes entre le créancier et les débiteurs.

[ARTICLE 6 § IV.]

La règle la plus sûre qu'on puisse offrir, est que si plusieurs personnes sont tenues de la même obligation, les exceptions que l'une d'elle puise dans la loi à laquelle elle est spécialement soumise, ne sont qu'en sa faveur, et ne peuvent être étendues à ses co-débiteurs qui ne sont point soumis à une loi semblable : c'est la conséquence des principes expliqués n. 182. Il en serait de même dans les recours que les divers co-obligés pourraient exercer les uns contre les autres : ils auraient droit de faire valoir mutuellement les exceptions qui leur sont personnelles, d'après les législations particulières des pays auxquels chacun d'eux appartient.

Sirey, C. C. sur art. 3. C. N. } Les Statuts personnels étran-
No. 46. } gers régissent les étrangers en
 France, quant à leur état et à leur capacité—Boullenois, tit. 1, ch. 2, p. 51 et s. ; Louet, let. C. No. 42 ; Merlin, Rép. Vo. Loi § 4, No. 6 ; Pardessus, *Dr. Com.* No. 1482 ; Fœlix, No. 30, p. 43 et s.—Sauf ceux touchant à l'ordre public : Valette sur Proudhon, 2 t. 1, p. 25, V. aussi Coin-Delisle, p. 30.

39.—Les lois qui déterminent les obligations d'un tuteur ne sont pas des lois personnelles, comme celles qui règlent l'état du mineur, 10 nov. 1813, Rej. (S. 14. 1. 21 ; C. n. 4—D. A. 12. 766).

50.—Pour pouvoir contracter mariage en France, il ne suffit pas à l'étranger de justifier de sa capacité d'après le statut personnel ; il faut encore qu'il ne se trouve dans aucun des cas de prohibition prévus par la loi française.—Ainsi, l'étranger divorcé suivant les lois de son pays, et pouvant se marier d'après ces mêmes lois, ne peut contracter un second mariage en France—28 mars 1843, Paris. (S. V. 43, 2. 566. D. P. 44. 2. 89.—P. 43. 1. 487). *Id.* 30 août 1824, Paris, (S. 25. 2. 203 ; C. n. 7—D. P. 25. 2. 67.)

[ARTICLE 6 § IV.]

51.—Jugé cependant que le mariage contracté, en pays étranger, par un Français avec une étrangère légalement divorcée en vertu des lois de son pays, est valable, 30 mai 1826, Nancy (S. 26. 2. 251 ; C. n. 8).

Jugé en sens contraire—7 Janv. 1845, Poitiers. (S. V. 45. 2. aff. Maynard.)

52 *bis*.—Le mariage contracté en pays étranger par un Français qui avait perdu cette qualité, ne peut, quoiqu'il soit contraire aux lois françaises, être attaqué lorsque le Français recouvre sa qualité.—Merlin, vo. *Loi*, § 6, No. 6, t. 16, p. 193.

58.—Jugé que l'étranger qui a consenti en France une obligation au profit d'un Français, ne peut demander la nullité de son engagement sur le motif qu'à l'époque où il a contracté il était encore mineur selon les lois de son pays.... alors du moins que le Français a contracté de bonne foi.—17 juin 1834, Paris. (S. V. 34. 2. 371—D. P. 38. 2. 215).

59.—A plus forte raison en est-il ainsi lorsque dans l'obligation l'étranger s'est dit domicilié en France—15 oct. 1834, Paris (S. V. 34, 2. 657).

60.—La capacité des contractans se règle par la loi personnelle de chacun d'eux, si le contrat est synallagmatique. S'il est unilatéral, on doit considérer seulement la loi personnelle de celui qui est obligé.—Delvincourt, t. I, p. 188 ; Duranton, t. I, No. 93.

7. Les actes faits ou passés hors du Bas-Canada sont valables, si on y a suivi les formalités requises par les lois du lieu où ils sont faits ou passés.	7. Acts and deeds made and passed out of Lower-Canada, are valid, if made according to the forms required by the law of the country where they were passed or made.
---	--

ff. L. 50 Tit. 17, L. 34,
de reg. jur. } Semper in stipulationibus,
et in cæteris contractibus id
sequimur, quod actum est: aut si non appareat quid actum
est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in
quâ actum est frequentatur. Quid ergo, si neque regionis
mos appareat, quia varius fuit? Ad id quod minimum est,
redigenda summa est.

*1 *Domat Liv. prél. tit. 1. } Si quelques provinces ou quel-*
sec. 2, No. 20, p. 9. } ques lieux manquent de règles
certaines pour des difficultés dans des matières qui y sont
en usage, et que ces difficultés ne soient pas réglées par le
droit naturel, ou les lois écrites, mais qu'elles dépendent des
coutumes et des usages, on doit s'y régler par les principes
qui suivent des coutumes de ces lieux mêmes. Et si cela ne
règle pas la difficulté, il faut suivre ce qui s'en trouve réglé
par les coutumes voisines qui en disposent, et surtout par
celles des principales villes.

**Pothier Intr. aux cout. No. 6.* } On appelle *Statuts person-*
nels les dispositions coutu-
mières qui ont pour objet principal de régler l'état des per-
sonnes. Telles sont celles qui concernent la puissance pater-
nelle, la tutelle des mineurs, et leur émancipation, *Orléans,*
tit. 9 ; l'âge requis pour tester, *ibid. art. 293* ; la puissance
maritale, *ibid. art. 194 et suiv.*

[ARTICLE 7.]

No. 7. Ces statuts personnels n'ont lieu qu'à l'égard des personnes qui y sont sujettes par le domicile qu'elles ont dans le Bailliage d'Orléans, ou autres lieux régis par notre coutume. Au reste, ces Statuts personnels exercent leur empire sur ces personnes par rapport à tous leurs biens, quelque part qu'ils soient situés.

Par exemple, une personne soumise à la coutume d'Orléans, ne peut tester avant l'âge de vingt ans, réglé par cette coutume, même des biens qu'elle aurait dans les pays régis par le Droit écrit, qui permet aux garçons de tester à quatorze ans, et aux filles à douze : une femme mariée, soumise à la coutume d'Orléans, ne peut, sans l'autorisation de son mari, aliéner ni acquérir des biens, quoique situés dans le pays du droit écrit, qui n'exige point l'autorisation, &c.

Voy. Autorités cités sur l'article 6, quant au *statut personnel*.

1 *Bouhier, Obs. sur Cout. de Bourg.* } “ Tout statut qui concerne
ch. 23 § 81, p. 665. Règle IV. } les formalités extrinsèques
des actes et leur authenticité, est personnel ; en sorte que,
quand l'acte est passé dans les formes usitées au lieu où il
est rédigé, il a partout son exécution. ”

§ 82. Cette proposition, qui est aujourd'hui reçue de tout le monde, a d'abord souffert beaucoup de contradiction parmi les Docteurs. Et véritablement, à la première vue, il paraît étrange qu'un homme domicilié en pays de droit écrit, par exemple, au testament duquel, s'il était passé en son domicile, on n'ajouterait aucune foi, à moins qu'il ne fût revêtu de la présence de sept témoins, puisse tester valablement en pays coutumier par devant un notaire et deux témoins.

§ 83. D'ailleurs, en fait de statut personnel, on tient communément qu'il faut suivre la loi du domicile du disposant. Or, sur ce pied, il semble que tout testateur doit se confor-

[ARTICLE 7.]

mer à la coutume de son domicile, pour la forme de la disposition de ses biens ; c'est même la seule difficulté qui arrête nos auteurs, et sur laquelle je ne vois pas qu'ils aient rien à répondre de satisfaisant, quoique, par rapport à la règle, ils soient de même avis que nous.

§ 84. La considération qui les a déterminés, et qui est, en effet, le véritable fondement de la personnalité des statuts, c'est l'utilité publique et les grands inconvénients qui naîtraient de l'avis contraire ; ils ont été très bien exposés par M^{re}. Boullenois, auquel on pourra recourir. Je confirmerai seulement son sentiment par deux observations.

§ 85. 1o. Suivant les Docteurs, la forme des actes est une chose individuelle : *forma res est individua*. Ainsi, dès que ces actes sont reconnus pour être en bonne forme dans le lieu où ils ont été passés, ils doivent être partout reconnus pour tels, suivant la première de nos règles ci-dessus : “ tout statut qui concerne des droits incorporels et indivisibles, doit être tenu pour personnel. ”

§ 86. 2o. On oppose mal-à-propos que si les statuts qui regardent la forme des actes sont personnels, ce ne peut être que par rapport à la personne des disposans, et par conséquent qu'ils doivent se conformer à la loi de leur domicile.

§ 87. Je m'étonne qu'on n'ait pas pris garde que la forme des actes est attachée, non à la personne de celui qui les passe, mais à celle de l'officier qui est chargé de les rédiger ; car c'est lui qui est le maître de la forme ; c'est à lui que les parties, souvent illitrées, sont obligées de s'en rapporter ; c'est lui qui est responsable de cette forme, s'il arrive qu'il fasse à cet égard quelque faute essentielle contre son devoir. C'est de l'autorité qui lui a été confiée par les magistrats du lieu, où il est établi, que dépend la foi qu'on donne à ces actes. C'est donc uniquement par rapport à lui, qu'on doit décider de leur forme.

[ARTICLE 7.]

§ 88. Et ce qui vient d'être dit des notaires ou autres officiers préposés pour recevoir tous actes et contrats, doit être également entendu des officiers de justice ; car la règle est que, pour les procédures judiciaires et pour les autres, qui se font en exécution des jugemens et des contrats, on doit suivre le style du lieu ou l'on procède. La raison est la même que pour les actes des notaires, et tous nos auteurs sont d'accord sur ce point.

Id. ch. 28, } Ceux qui ont le plus nettement traité cette
p. 765. } matière distinguent deux sortes de formalités dans les actes ; les unes qui affectent la substance, et qu'on appelle intrinsèques, les autres qui en forment l'authenticité, et qu'on nomme extrinsèques.

Les intrinsèques sont celles qui regardent la capacité et le fait de la partie qui passe l'acte. De ce nombre, sont l'âge et le consentement des parties, l'autorisation des personnes en puissance d'autrui, et autres choses pareilles.

Les extrinsèques sont celles qui servent à établir la certitude et l'authenticité de l'acte ; comme la qualité et le nombre des notaires ou autres officiers qui le reçoivent ; l'âge, la qualité et le nombre des témoins qui y assistent ; les clauses de *dicté et nommé*, de *lu et relu*, de *sans induction et suggestion* ; l'écriture et la signature de la main du testateur, et autres choses de la forme, qui sont proprement à la charge de ces officiers, ou qu'ils sont tenus de faire exécuter par les parties.....

M. Cujas ajoute une proposition qui n'est pas suivie. C'est qu'il faut se conformer à la coutume du domicile des parties : surtout en fait de testament : *sed spectabo tantum morem, et privilegium Patriæ testatoris*. Il soutient encore ailleurs plus au long, la même chose ; et ce sentiment qui est aussi celui de quelques anciens docteurs, a été fortement adopté par Fachinée.

[ARTICLE 7.]

Il est pourtant vrai qu'il (M. Cujas) est généralement abandonné aujourd'hui dans les tribunaux, tant du Royaume que des Pays voisins. J'en ai rapporté ailleurs les preuves (ch. XXI n. 12 et ch. XXIII n. 82 et suiv). Cela pourrait me dispenser de justifier le sentiment commun, qui est qu'il faut suivre les formalités prescrites par la coutume du lieu où l'acte a été passé.....

Id. } Tenons-nous en donc au sentiment commun,
p. 766. } qui veut qu'un acte fait dans les formes usitées,
au lieu où il a été passé, ait son exécution partout, et même
sur les biens qu'avait le défunt au lieu de son domicile.
Ajoutons seulement cette réserve, si la coutume de la situa-
tion n'y résiste ; le cas peut arriver, et a été proposé par Bal-
de en cette hypothèse.

Par le statut de la ville de Parme, tout acte est déclaré nul entre les citoyens de cette ville, s'il n'est passé pardevant deux notaires ; encore que ce fût hors du Parmesan. Un homme de cette ville avait passé un compromis hors de son territoire, avec une personne étrangère pardevant un seul notaire, et était poursuivi pour l'exécution pardevant les Juges de Parme. On demandait si l'on pouvait s'y prévaloir de ce compromis ? Balde répondit que non, à cause de la disposition expresse et prohibitive du statut. Ce qui est conforme aux principes (ch. 21, n. 51 et suiv.)

A l'exception de ce seul cas, les statuts qui concernent la formalité des actes, ayant leur exécution partout, on ne peut s'empêcher de les regarder comme personnels.

Boullenois, Démissions de biens, } Quant aux formalités de
Quest. 6e. p. 140 et suiv. } l'acte, ce n'est plus la loi
du domicile que l'on considère pour connaître si un acte est
revêtu de toutes ses formes, mais c'est la loi du lieu où l'acte
est passé. *Aut statutum loquitur de his quæ concernunt nudam*

[ARTICLE 7.]

ordinationem vel solemnitatem Actus, et semper inspicitur statutum, vel consuetudo loci ubi Actus celebratur sive in contractibus, sive in judiciis, sive in testamentis, sive in instrumentis aut aliis conficiendis, ità quod testamentum factum coram duobus testibus in locis ubi non requiritur major solemnitas, valet ubique. Dumoul. lib. 1. C. tit. Concl. de statutis, Alex. Cons. 165, n. 4, liv. 6 et liv. 1, Cons. 138, les raisons sont comme dit Ricard en son Traité du Don Mutuel, que la solemnité des actes n'est introduite que pour leur donner une forme certaine, et qui puisse faire foi à l'égard du public, ce qui dépend de ceux entre les mains de qui l'acte est passé, dont l'autorité et l'exercice sont attachés aux lois de leur pays, parceque c'est à eux à certifier ceux des autres Provinces, où l'acte doit avoir son exécution, qu'il a été fait avec liberté, et que les parties ont fait les dispositions de la sorte qu'elles y sont énoncées ; cet auteur excepte néanmoins de cette maxime le testament olographe, la validité duquel, quant aux formalités, il fait dépendre de la coutume du domicile ; le testateur en étant seul le ministre qui emprunte sa capacité de la loi qui gouverne sa personne.

Pour d'autant mieux établir que c'est la loi du lieu où se passe l'acte, qui décide des formalités, qui ont dû être employées, on a coutume d'alléguer une raison tirée du bien et de l'utilité publique, qui est que les hommes étant obligés de se transporter en différens endroits, il a fallu leur faciliter les moyens d'agir, de contracter, de donner, de tester ; et que souvent ignorant les formalités requises en leur domicile, contractant dans des lieux où ces formalités ne sont pas plus connues, il a été nécessaire de n'exiger d'eux que les formalités dont ils peuvent se faire instruire par les Officiers ou Praticiens du lieu où l'acte se passe.

D'ailleurs, s'il fallait suivre les formalités de domicile, il en résulterait que lorsque deux personnes, domiciliées en deux endroits, contractent ensemble, il faudrait que l'acte

[ARTICLE 7.]

fût fait selon les formalités des deux domiciles, ce qui ne servirait qu'à embarrasser et retarder les traités et conventions des hommes, et rendre leurs actes exposés à mille questions litigieuses ; c'est l'opinion de tous nos auteurs : et M^{re}. Charles Dumoulin l'assure en son Conseil 53, No. 9. *Omnium Doctorum sententia est, ubicunque consuetudo, vel statutum locale disponit de solemnitate vel forma Actus, ligari etiam exteros ibi Actum gerentes, et gestum esse validum et efficacem ubique, etiam super bonis sitis extrà territorium consuetudinis vel statuti... Ita ut testamentum factum coram duobus testibus, in locis ubi non requiritur major solemnitas valet ubique. Vide Dumoul. ad lib. 1. C. tit. 1.*

Ricard, des Donations, *part. 1, ch. 5, Sect. 1*, assure que la jurisprudence est aujourd'hui uniforme sur cette question, et que l'on doit seulement avoir égard aux formalités du lieu où l'acte est passé, ce qu'il certifie par rapport aux testamens.

Brodeau sur Louet, *Let. C. n. 42*, en rapporte plusieurs arrêts, aussi par rapport aux testamens, *licet testator larem fixum non habuerit, sed animum redeundi.*

Levest, arrêt 28, en cite un du dernier May 1566, qui juge qu'un testament fait en la coutume de Tours par une femme domiciliée en la coutume de Blois, était nul, parce que les formalités de la coutume de Touraine n'y avaient pas été observées.

Chopin, *lib. 2. de mor. Paris. tit. 4, n. 2*, parlant des formalités des testamens, dit qu'ayant été observées dans un testament, *obtinet ubi vis illud adimplere expediat.*

Sœsve, *ch. 44, cent. 2, liv. 2*, rapporte un arrêt conforme du 26 juillet 1661.

Voy. *Pothier oblig. No. 15* cité sous art. 13.

Zachariæ,	}	<i>Locus regit actum.</i>	Le projet du Code
p. 56, note.	}	érigeait en loi cette maxime	qui fut supprimée dans la rédaction définitive,
		de crainte que sa trop	

[ARTICLE 7.]

grande généralité ne prêtât à des raisonnemens faux et dangereux.

1 *Boileux.—Titre prélim.* } Les loix qui régissent la forme
 p. 22. } et les conditions des actes sont
 personnelles lorsqu'elles déterminent des conditions d'aptitude et de capacité ; elles sont réelles lorsqu'elles règlent le mode de transmission : au premier cas, on observe la loi du domicile des parties ; au deuxième cas, on observe celle de la situation des biens.—D'après ces principes, les actes constitutifs d'obligations sont régis par le statut personnel, et les actes d'aliénation par le statut réel.

Toutefois cette distinction, vraie en ce qui concerne les formes et conditions *intrinsèques* de l'acte, n'est point applicable lorsqu'il s'agit des formes et conditions *extrinsèques* ou *probantes* ; lorsqu'il s'agit de donner à l'acte, par l'emploi de certaines solennités et par l'intervention d'un officier public, un caractère de certitude et d'authenticité : la maxime *Locus regit actum* exerce alors son empire. Notre Code renferme plusieurs applications de ce principe : ainsi l'art. 170 déclare valable le mariage contracté en pays étranger entre Français, et entre Français et étranger s'il a été célébré *dans les formes usitées dans le pays* ; pourvu, entre autres conditions, que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions déterminées dans le chapitre 1er, titre 5 du mariage. L'article 999 autorise le Français qui se trouve en pays étranger à tester par acte authentique *avec les formes usitées dans le lieu où cet acte est passé* : un semblable testament vaut même pour la transmission des biens situés en France, ainsi que nous le démontrerons plus bas ; sauf, bien entendu, l'observation des règles de capacité et de disponibilité prescrites par les statuts de France.

Nous appliquerons la règle *Locus regit actum*, même au cas où il s'agit d'actes pour lesquels la loi française prescrit

[ARTICLE 7.]

l'authenticité, tels qu'une reconnaissance d'enfants, un contrat de mariage (1294) : ces actes, bien que passés sous seing privé, sont valables aux yeux de la loi française, si la loi étrangère ne les soumet à aucune forme solennelle : l'intérêt public autant que l'intérêt privé exigent qu'ils soient maintenus. Néanmoins, la règle souffre exception lorsque des formes solennelles qui ne peuvent s'accomplir qu'en France sont prescrites par la loi française : ainsi, l'efficacité de la donation d'un immeuble et de la constitution d'une hypothèque est subordonnée à la transcription de la donation (939), et de l'inscription hypothécaire (2134). Il faudrait accomplir ces formalités, quand même elles ne seraient point prescrites par la loi étrangère. (Demolombe, No. 107.)

La règle *Locus regit actum*, et la forme à employer pour obtenir justice, s'appliquent aux conventions arrêtées en France entre étrangers ; car l'autorité publique ne peut procéder que suivant le mode établi par la loi particulière du pays. (2123, 2128 C. civil ; 545, 546, Proc.)

Lorsque les parties contractantes ont la même patrie, il n'y a point lieu de se préoccuper des règles sur le statut personnel ; aucune difficulté ne peut naître. Lorsqu'elles sont de pays différents, on distingue : la convention est synallagmatique ou elle est unilatérale. Au premier cas, deux statuts personnels reçoivent leur application, en ce sens que chaque partie n'est obligée qu'autant que les conditions déterminées par les lois de son pays se trouvent réunies : ainsi, un étranger, mineur d'après la loi de son pays, ne sera pas obligé envers le Français, bien que ce dernier soit obligé envers lui : ce qu'il faut entendre, comme de raison, non en ce sens qu'il pourra contraindre le Français et se dispenser d'exécuter, mais en ce sens qu'il pourra ou maintenir le contrat, ou se prévaloir de la nullité.

[ARTICLE 7.]

Si la convention est unilatérale, c'est par le statut personnel du débiteur que doit se régler la perfection et la validité de l'obligation. (Arg. de l'art. 1162.)

La même distinction doit avoir lieu lorsqu'il s'agit de déterminer les effets que les actes doivent produire ; si l'obligation est unilatérale on applique le statut personnel du débiteur ; si elle est synallagmatique, on observe la loi du pays où le contrat a été passé. (2159). Au reste, ce n'est là qu'une question d'intention, les juges prononcent eu égard aux circonstances.

1 *Delvincourt note 4 de la page 11, } S'il s'agit de la forme*
ou p. 20 des explications. } de l'acte, l'on doit sui-
 vre la loi du pays où il a été passé, si toutefois il s'agit d'un
 acte passé devant un officier public : ce n'est qu'à ces sortes
 d'actes que s'applique la règle, *locus regit actum*. En effet
 cette règle est fondée sur ce que l'on ne peut obliger un offi-
 cier public de connaître ou de suivre d'autres lois que celles
 du pays où il exerce ses fonctions. Ce serait donc mettre le
 Français dans l'impossibilité de contracter par acte public en
 pays étranger, si on ne lui permettait pas de le faire d'après
 les formes usitées dans le pays où il se trouve. Or, ce motif
 n'est pas applicable à l'acte sous sing. privé. Si donc, d'après
 la loi française, un acte peut être passé sous signature privée,
 il sera valable de cette manière, dans quelque pays que se
 trouve le Français, et quand même la loi de ce pays ne per-
 mettrait pas de le passer ainsi. (Arg. tiré de l'art. 999). Mais si,
 d'après la loi française, l'acte dont il s'agit doit être passé de-
 vant un officier public, alors il sera nul, s'il est fait sous si-
 gnature privée, et quand même la loi du pays où se trouve
 le Français, permettrait de le passer de cette manière. Mais
 aussi il sera valable, s'il est reçu par un officier public du
 pays, et dans les formes usitées pour les actes publics par la
 loi de ce même pays. (*Ibid.* et art. 47.)

[ARTICLE 7.]

*D'Argentré sur art. 218 Cout. de } “ Domicilium quod fuit
Bretagne, § 49, p. 675-694. } tempore contractus inspici-*
tur”, nam originis locus nusquam in foro considerationem
habet, cum aliud domicilium proponitur. Ex quo evenit ut si
civis Parisiensis de bonis quæ in Britannia habet, contrahat,
necesse habeat, annum XXV ætatis expectare, quia tale est
Parisiorum statutum, a quo personæ habilitas spectanda est,
etiâsi Britannia incolas suos faciat majores ab anno vigesi-
mo.

1 *Toullier, } Mais quant à la forme des actes par lesquels
No. 120. } on dispose, c'est-à-dire aux formalités et à l'au-*
thenticité de ces actes, c'est la loi du lieu où l'acte a été pas-
sé qu'il faut suivre : *locus regit actum*.

1 *Marcadé Tit. prël. } Au principe développé ci-dessus, que
No. 79. p. 58. } les lois réelles régissent tous les biens*
qui sont en France, et que les lois personnelles suivent les
personnes françaises partout, il faut apporter une exception
pour une certaine classe de lois.

En effet, les lois qui déterminent la forme à suivre pour la
rédaction d'un acte, pour la passation d'un contrat, sont bien
aussi réelles ou personnelles, selon que l'acte pour lesquelles
on les applique est relatif à la propriété des biens ou à l'état
des personnes ; mais comme il y a nécessité, lorsque la vali-
dité de l'acte est soumise à l'emploi de telle ou telle forme, de
s'adresser aux fonctionnaires du pays où l'on se trouve, et que
ceux-ci ne peuvent instrumenter que conformément aux rè-
gles tracées par le pouvoir qui les a instituées, il s'ensuit que,
par la force même des choses, on doit tenir partout pour ré-
gulier l'acte pour lequel on aura suivi les lois du pays où il a
été passé. Aussi, a-t-on toujours admis universellement cette
maxime : “ *Locus regit actum* ” (c'est la loi du pays qui déter-
mine la forme d'un acte) ; maxime dont nous verrons notre

[ARTICLE 7.]

législateur faire l'application dans les art. 47, 170 et 999.

Dans le projet de notre titre préliminaire se trouvait un article qui disait formellement : “ La forme des actes est réglée par les lois du pays dans lequel ils sont passés.” Cet article fut rejeté comme indiquant une vérité tellement incontestable, qu'il était inutile de l'écrire dans le Code (Rapp. du tribun Andrieux, Fenet, VI, p. 66).

Si donc un Français et une Française se marient en Russie, quoique les lois réglant les formes suivant lesquelles on doit se marier soient des statuts personnels, et que dès lors on devrait, d'après les principes exposés, appliquer ici les lois françaises, le mariage sera très valablement célébré dans les formes indiquées par la loi russe. On suivra également la loi russe quant aux formes d'un acte de donation qu'une personne, étrangère ou française, ferait en Russie, pour ses biens situés en France, quoique, d'après la règle de notre article (3) on dût appliquer la loi réelle française, puisqu'il s'agit de biens français.

En vain M. Duranton veut restreindre cette règle aux actes publics et prétend qu'un Français ne pourrait pas, à l'étranger, faire sous signature privée les contrats pour lesquels la loi française demande un acte authentique (1, 91), par exemple, une donation entre-vifs ; car il est clair que le point de savoir si cet acte pourra se faire sous seing privé n'est qu'une question de *forme d'acte*. Aussi la jurisprudence déclare valables les contrats de mariage rédigés sous seing privé ainsi que les donations qu'ils contiennent, et même les célébrations de mariage faites sans aucun écrit, quand telle a été la loi du pays. (Paris, 11 mai 1816 ; 22 nov. 1828 ; Rej. (sur arrêt conf. de Bordeaux), 20 déc. 1841 : Devill., 5, 2, 140 ; 9, 2, 157 ; 1842, 1, 321.—M. Duranton garde encore le silence sur ces arrêts.

[ARTICLE 7.]

1 *Demolombe ch. 3,* } On distingue quatre espèces de *for-*
No. 105, p. 118. } *malités*, en prenant ce mot dans une
 acception étendue :

1o. Les unes, qu'on appelle *habilitantes*, déterminent les conditions d'aptitude, de capacité pour faire valablement tel ou tel acte, par exemple, la nécessité, pour la femme mariée, d'obtenir, dans les cas déterminés par la loi, l'autorisation de son mari ou de justice ; elles constituent de véritables lois personnelles.

2o. Les autres, qu'on appelle *intrinsèques*, déterminent les conditions et les effets des différens actes ou contrats. En général, c'est la loi du lieu où l'acte est passé qui est ici applicable ; les parties étant présumées, lorsqu'elles ne s'expliquent pas autrement, adopter les lois et les usages, qui régissent leur convention dans le pays où elles contractent (art. 1135, 1159, 1160 ; Merlin, Rép., t. IX, Vo. *preuve*, sec. 11, § 3, art. 1 ; t. XVI, Vo. *Loi*, § 6, No. 6). Toutefois, ce n'est là qu'une règle d'interprétation, susceptible, par conséquent, de varier suivant les circonstances ; c'est ainsi que nous avons vu que le contrat de mariage n'est pas régi par la loi du lieu où le mariage a été célébré, mais par la loi du *domicile matrimonial*, que les époux sont réputés, dans ce cas, avoir voulu adopter. (L. 65 ff. *de jure.*, Boullenois part. 11, tit. 2, ch. 4, observ. 8 ; Demangeat, No. 83).

3o. La troisième espèce de formalités, qu'on appelle *extrinsèques* ou *probantes* constitue la forme extérieure et instrumentaire de l'acte ; telles sont, par exemple, les conditions d'où résulte l'authenticité. La règle, à cet égard, est que l'acte fait suivant les formes usitées dans le pays où il est passé, doit être considéré comme régulier et faire foi partout ailleurs ; c'est en ce sens qu'on dit : *locus regit actum*. Ce principe, consacré par plusieurs articles de notre Code (47, 170, 999), est fondé sur la nécessité des relations sociales, sur la bonne foi, sur l'intérêt commun des nations, qui ne per-

[ARTICLE 7.]

mettait pas de réduire les Français en pays étranger, ou les étrangers en France, à ne pouvoir point faire les actes dans lesquels une formalité quelconque serait requise. (Comp. Aix, 20 Mars 1862, Coccifi, Dev., 1862, II, 368.)

40. Enfin, les dernières formalités, qu'on appelle *formalités d'exécution*, déterminent, en général, les règles à suivre pour obtenir justice devant les tribunaux, et les moyens légitimes d'exécution. Le principe est encore ici qu'on doit suivre les formalités établies par la loi du pays dans lequel la poursuite et l'exécution ont lieu (art. 2123, 2128, C. N. ; 545, 546, C. de Pr.), les seules formalités possibles, en effet, puisque c'est au nom de la puissance publique qu'elles sont employées dans chaque Etat.

No. 106.—Je reviens à la règle *locus regit actum*, qu'il est important de bien entendre, et qui soulève une difficulté sérieuse.

Cette règle est-elle applicable seulement aux actes authentiques, ou bien aussi aux actes sous seing privé ?

En France, par exemple, la reconnaissance d'un enfant naturel ne peut avoir lieu que par acte authentique (art. 334) ; la donation entre-vifs ne peut avoir lieu que par acte notarié et avec minute (art. 931) ; les contrats de mariage doivent aussi être rédigés devant notaire (1394).

Eh bien, supposons un pays dans lequel ces différens actes puissent être faits sous seing privé.

Le Français, qui se trouve dans ce pays, pourra-t-il valablement, par acte sous seing privé, reconnaître un enfant naturel, faire une donation entre-vifs ou un contrat de mariage ?

Duranton enseigne que *cette règle ne s'applique qu'aux actes publics et non aux actes sous signature privée* (t. 1, p. 56). Elle est, dit-il, fondée sur la nécessité des choses et ne doit agir que dans les limites de cette nécessité ; or, la loi française

[ARTICLE 7.]

exige un acte public ; il est vrai que les formalités de nos actes publics ne peuvent être remplies que par les officiers publics français ; et il faut bien, en pays étranger, suivre les formalités des actes publics étrangers ; mais aucun motif ne dispense de la condition même d'un acte public, que la loi française exige, cette condition pouvant être remplie en pays étranger.

Fœlix *regarde comme une erreur cette opinion de Duranton*, (p. 95), et n'hésite pas à penser, avec Merlin (Rép., vo. Test., sec. 11, § 4, art. 1), que la maxime *locus regit actum* s'applique aux actes privés aussi bien qu'aux actes publics.

Je suis très touché, j'en conviens, de tout ce qu'on pourrait dire en faveur du système de Duranton. N'y a-t-il pas, en effet, des inconvénients graves, des dangers même très-sérieux, à permettre à un Français, par exemple, la reconnaissance d'un enfant naturel par acte sous seing privé ? L'authenticité n'est-elle pas ici une garantie de la liberté de son aveu, et en quelque sorte, dès lors, une formalité habilitante et personnelle ? Et, pour les conventions matrimoniales, ne faut-il pas craindre cette possibilité de déroger si facilement à l'article 1394, qui a pour but la stabilité des conditions sous la foi desquelles le mariage s'est formé, et par suite la bonne harmonie entre les époux, et la sécurité des tiers ? (Comp. Delvincourt, t. 1, p. 14, note 2 ; Demangeat, No. 83 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. 1, No. 26).

Pourtant, je ne crois pas devoir proposer ce système ; et je pense, au contraire, que la règle *locus regit actum* peut être appliquée même aux actes sous seing privé :

1o. Cette règle s'applique à la forme des actes ; tout le monde en convient ;

Or, la différence entre l'acte authentique et l'acte sous seing privé est uniquement une *différence de forme* ;

[ARTICLE 7.]

Donc, la forme sous seing privé, dans un pays qui admet cette forme dans un tel acte, doit équivaloir à la forme authentique dans un autre pays qui exigerait l'authenticité pour ce même acte ; car cette différence n'est pas intrinsèque, mais extrinsèque ; elle n'est pas dans le fond, mais dans la forme ; elle est donc sous l'empire de notre règle.

20. La nécessité même ne l'exige-t-elle pas ainsi ? Qu'arriverait-il, si l'officier public étranger refusait de recevoir un acte qui n'est pas dans ses attributions, et pour lequel, en effet, il n'a pas de pouvoir, puisque, dans le pays où il est institué, cet acte ne se fait que sous seing privé !

30. Enfin, cette règle ne me paraît pas uniquement fondée sur la nécessité, mais aussi sur la bonne foi, sur l'équité, sur l'intérêt public, qui commandent le maintien, la stabilité des actes et des contrats loyalement faits, suivant les formes du pays où ils ont eu lieu, les seules formes qui, le plus souvent, aient été indiquées et même aient pu être indiquées à la partie qui s'en informait. Il y a là des dangers ! cela est vrai ; mais n'y en a-t-il donc pas, et de très sérieux aussi, dans le système contraire ? N'est-on pas effrayé de l'injustice, du désordre, que produirait l'annulation des actes sincèrement, honnêtement passés en pays étranger, et sur la foi desquels des droits très importants ont pu s'établir, et des familles même se former.

Aussi, la cour de Paris a-t-elle, par deux arrêts différens, maintenu des contrats de mariage avec les donations qu'ils renfermaient, rédigés dans des actes sous seing privé à Londres et à Munich, par des Français qui y étaient réfugiés. (Paris, 11 mai 1816, Bertin, Sirey 1817, II, 10 ; Paris, 22 Nov. 1828, de Roquelaure, Sirey, 1829, II, 77).

La Cour de Cassation a décidé aussi que, pour qu'un testament fait par un Français en pays étranger soit réputé fait par acte authentique, le concours d'un officier public n'est

[ARTICLE 7.]

pas indispensable, si la loi du pays étranger ne l'exigeait pas. (Cass., 6 Fév. 1843, de Bonneval, Dev., 1843, I, 209).

Enfin, d'autres arrêts vont bien plus loin encore ; ils décident que le mariage lui-même, l'acte de l'état civil ! peut être valablement contracté entre Français en pays étranger, sans aucun acte écrit, s'il réunit d'ailleurs les conditions exigées dans le pays où il a eu lieu. (Art. 170 ; Cass., 20 Déc. 1841, Bousquet, Dev., 1842, II, 321 ; Bordeaux, 14 Mars 1849, Rebiere, Dev., 1852, II, 407 ; Cass., 13 janv. 1857, de Valmy, Dev., 1857, I, 81).

Oh ! sans doute, s'il y a eu dol, si c'est frauduleusement qu'on est allé faire dans la forme sous seing privé, en pays étranger, un acte que l'on aurait pu faire, en France, que dans la forme authentique, notre décision ne serait plus la même.....

No. 106. *bis*.—La règle *locus regit actum* est-elle impérative, ou simplement facultative ?

Un étranger, par exemple, a fait, en France, un testament olographe, qui ne serait pas valable d'après la loi française, parceque les formes requises par l'article 970 n'y ont pas été observées, mais qui serait valable d'après la loi étrangère.

Cet acte doit-il être considéré comme valable en France ?

Cette question était, dans notre ancien droit, très controversée ; et toutefois, l'opinion la plus générale paraissait être que la maxime *locus regit actum* était impérative et absolue. (Comp. Ricard, *du don mutuel*, no. 307 ; Boullenois, part. II, tit. II, ch. 1, observ. 34 ; Merlin, *Répert.* t. XVII, vo. Testam., sec. II § 4, art. 11).

Telle est encore aujourd'hui la tendance de la jurisprudence moderne. (Comp. Paris, 25 mai 1852, de Veine, Dev., 1852, II, 289 ; Cass., 9 mars 1853, Browning, Dev., 1853, I 274 ; Coin-Delisle, sur l'art. 999, no. 6).

[ARTICLE 7.]

Il faut reconnaître, pourtant, que notre Code s'est départi de l'ancienne doctrine dans l'art. 999, en ce qui concerne le testament olographe fait par un Français en pays étranger; et ne serait-il pas permis, dès lors, d'en induire, par réciprocité, qu'il ne l'a pas non plus conservé, en ce qui concerne le testament olographe fait en France pour l'étranger? (Comp. Cass., 25 août 1847. *Quartin, Dev.*, 1847, I, 713; *Zachariæ, Aubry et Rau*, t. 1, p. 100).

Cette réciprocité, toutefois, ne paraît pas nécessaire, et le plus sûr serait encore, à notre avis, de s'en tenir à la règle d'après laquelle les juges français ne doivent considérer comme valables les actes faits en France, qu'autant qu'ils ont été faits suivant les formes de la loi française.

No. 107.—Au reste, il est bien clair que les formalités usitées en pays étranger ne suffiraient pas, s'il s'agissait d'un acte soumis, par la loi française, à des conditions qui ne pourraient être efficacement accomplies qu'en France.

C'est ainsi que la donation entre-vifs d'un immeuble situé en France, faite en pays étranger, serait soumise à la formalité de la transcription (art. 939), lors même que la loi étrangère ne l'exigerait pas. Cette formalité et les autres de même nature (art. 2134), constituent des dispositions accessoires du *statut réel*, qui régit, nous le savons, tous les immeubles français, sans distinction (art. 3).

No. 108.—Ajoutons enfin que les Français, en pays étranger qui peuvent employer les formes autorisées par la loi étrangère, peuvent, en outre, avoir recours au ministère des consuls et des agents diplomatiques français, qui sont, à cet effet, compétents pour recevoir certains actes.

Sirey, C. C. sur } *Nº 66.* Pour la forme des actes on doit gé-
art. 3 C. N. } néralement observer la loi du pays où ils
sont passés, suivant la règle *locus regit actum*. Dans le projet
du C. C., se trouvait un article qui le disait formellement : on

[ARTICLE 7.]

l'a retranché comme étant tout-à-fait inutile.—V. Loaré. t. 10, p. 478 ; Fenet, t. 6, p. 66 ; Merlin *Rép.*, Vo. *Loi* § 6, n^o. 7, *Lettre de change*, § 2, n^o. 8, et *Protêt*, § 9 ; Toullier t. 1, n^o. 120 ; Duranton, t. 1, p. 91 ; Proudhon, t. I, p. 53 ; Pardessus, n. 1485 ; Nougier, *Trib. de comm.*, t. 2. p. 405.

67. De là résulte que l'authenticité d'un acte se détermine par la loi du pays où l'acte est passé—Bonnier, *des preuves*, n^o. 761—*Sic.* Cass. 6 fév. 1843, (S. V. 43. 1. 209—D. P. 43. 1. 208—P. 43. 1. 288).

63 bis.—Il résulte du principe ci-dessus qu'une donation sous seing privé, faite entre Français, dans un pays étranger, est valable, si la législation du lieu autorise les donations en cette forme—11 mai 1816, Paris (S. 17. 2. 10 ; C. n. 5—D. A. 6, 229). *Id.* 22 nov. 1823 ; Paris. (S. 29. 2. 77 ; C. n. 9—D. P. 29. 2. 60) *Sic.* Merlin, *Quest.* Vo. *Don. à cause de mort*, § 2.

53.—Les formes habilitantes d'un acte, ayant pour objet de le permettre ou de le prohiber, relativement à certaines personnes, touchant à la capacité de ces personnes, les dispositions qui le régissent sont des lois personnelles—12 juin 1815, Cass. (S. 15. 1. 389 ; C. n. 5. D. A. 10. 328).

74. Pour l'interprétation des contrats et la force de leurs dispositions, il faut consulter le statut du lieu où ils ont été passés, plutôt que le statut du domicile des contractants.—13 fruct. an 9, Réj. (S. 2. 1. 50 ; C. n. 1—D. A. 12. 118).

75. La question de savoir si un jugement rendu par un tribunal étranger a acquis force de chose jugée, doit être décidée d'après les lois du pays étranger, et non d'après les lois françaises—23 juill. 1832, Cass. (S. V. 32. 1. 664—D. P. 32. 1. 311).

1. *Fœlix Liv. II, Ti t. I, c. I, p. 178* La règle d'après laquelle la
 N^o 82. loi du lieu de la rédaction
 régit la forme de l'acte admet différentes exceptions, dont
 voici les principales :

[ARTICLE 7.]

I. Lorsque les contractants, ou l'individu de qui émane une disposition unilatérale, se sont rendus en pays étranger dans l'intention d'éluder une prohibition portée par la loi de leur domicile : car la fraude fait exception à toutes les règles.

II. Lorsque la loi de la patrie défend expressément de contracter ou de disposer hors du territoire, et avec des formes autres que celles prescrites par cette même loi : car alors l'idée d'un consentement tacite de cette nation se trouve formellement exclue. Cette exception est la même que celle indiquée par M. Eichhorn, sous le N^o. 2.

III. En cas d'opposition expresse du Statut réel.

IV. Lorsque la loi du lieu de la rédaction attache à la forme qu'elle prescrit un effet qui se trouve en opposition avec le droit public du pays où l'acte est destiné à recevoir son exécution.

V. Par rapport aux ambassadeurs ou ministres publics et à leur suite. Ces personnes ne sont pas soumises aux lois de la nation près de laquelle elles exercent leur mission diplomatique.

Cependant je crois, avec M. Massé, (T. 2., N^o 91 et T. 1er N^o 576 de la 2e Edition), que ces mêmes personnes sont libres de suivre les lois du lieu de leur résidence : elles ont le choix entre ces loix et celles de leurs pays.

Deux autres exceptions, que les auteurs cités dans les notes (Grotius, *de jur. belli et pacis*, lib. 2, c. 18, § 4 ; Merlin, Rép.) Vo. *Testament*, sec. 2, § 3, art. 8 et Vo. *Ministre public*, etc., admettent encore à la règle, concernent plutôt la matière que la forme des actes. Les voici : 1^o lorsque la promesse ne peut être remplie sans que les contractans ou l'un d'eux se livrent à des actes défendus par la loi de leur patrie (par exemple, la convention passée à l'étranger d'introduire en France des marchandises prohibées) ; 2^o lorsque les lois

[ARTICLE 7.]

étrangères, sous l'égide desquelles la convention a été passée, ont pour effet de détruire des droits acquis, ou se trouvent en opposition formelle avec les droits résultant de la souveraineté, ou avec le droit public de la nation à laquelle appartiennent les contractants ou le disposant.

* Voyez *Lahaie* cité sous art. 6 § II—et *C. N.* 3—cité sous art. 6 § 1.

C. L. 10—La forme et l'effet des actes publics et privés, se règlent par les lois et les usages du pays dans lequel ces actes sont faits ou passés.

Cependant l'effet des actes passés pour être exécutés dans un autre pays, se règle par les lois du pays où ils ont leur exécution.

L'exception établie dans le second paragraphe de cet article, n'a pas lieu, lorsque c'est un citoyen d'un des autres Etats de l'Union, ou un citoyen ou sujet d'un Etat ou pays étranger, qui dispose, par testament ou tout autre acte à cause de mort, fait hors de cet Etat, de ses propriétés mobilières situées dans cet Etat, si, à l'époque de ce testament ou acte de dernière volonté, et au moment de la mort, il réside et est domicilié avec sa famille hors de la juridiction de cet Etat.

[ARTICLES § 8 & 9.]

8. Les actes s'interprètent et s'apprécient suivant la loi du lieu où ils sont passés, à moins qu'il n'y ait quelque loi à ce contraire, que les parties ne s'en soient exprimées autrement, ou que, de la nature de l'acte, ou des autres circonstances, il n'apparaisse que l'intention a été de s'en rapporter à la loi d'un autre lieu ; auxquels cas il est donné effet à cette loi, ou à cette intention exprimée ou présumée.

8. Deeds are construed according to the laws of the country where they were passed, unless there is some law to the contrary, or the parties have agreed otherwise, or by the nature of the deed or from other circumstances, it appears that the intention of the parties was to be governed by the law of another place ; in any of which cases, effect is given to such law, or such intention expressed or presumed.

Voy. les autorités citées sous l'art. 7.

9. Nul acte de la législature n'affecte les droits ou prérogatives de la Couronne, à moins qu'ils n'y soient compris par une disposition expresse.

Sont également exempts de l'effet de tel acte, les droits des tiers qui n'y sont pas spécialement mentionnés, à moins que l'acte ne soit public et général.

9. No act of the legislature affects the rights or prerogatives of the crown, unless they are included therein by special enactment.

The rights of third parties, who are not specially mentioned in any such act, are likewise exempt from the effect thereof, unless the act is public and general.

[ARTICLE 9.]

* *S. R. C., c. 5,* } Nulle disposition ou prescription contenue
s. 6, § 25. } dans aucun acte comme susdit, n'affectera
 ni ne sera interprété de manière à affecter en aucune manière ou façon quelconque, les droits de Sa Majesté, ses héritiers ou successeurs, à moins qu'il ne soit expressément déclaré dans tel acte qu'elle obligera Sa Majesté,— ni les droits d'aucune personne, corps politique, incorporé ou collégial, (excepté seulement ceux mentionnés dans tel acte), à moins que cet acte ne soit un acte public et général.

Statuts du Canada, 31 Vic. ch. 1, s. 7, § 33—(semblable à S. R. C. c. 5, s. 6 § 25 sus cités).

2 *Dwarris, chap. X* } The next difference observable between public and private statutes, is, that particular, as opposed to general acts, will not bind *strangers*, though they should not contain any saving of their rights. A general saving of the rights and interests of all persons whatsoever, except those whose consent was given or purchased, and who were particularly named in the act, used to be constantly added to all private bills; but it was held, that, even if such saving were omitted, the act would bind none but the parties. At present, it is usual in this country, in preparing modern private acts, to insert *ex cautela*, a special saving clause, explaining how far the rights of strangers are intended to be effected.

The reason of the rule is apparent, and the rule itself is founded in wisdom and justice. Every person is considered as assenting to a public act; but it is a rule that private acts of Parliament, introduced only for the settlement of particular estates, ought to be considered merely as common conveyances, and directed by the same rules of law; and therefore they cannot be taken to extend as a discharge of any person's right not mentioned in the act. This, says the ju-

[ARTICLE 9.]

ditions and candid commentator on the laws of the United States of America, (1 Kent, 427), is a safe and just rule, and it was adopted by the English courts in very early times, and does great credit to their liberality and spirit of justice. It is supported by the opinion of Sir Matthew Hale, in *Lucy and Levington*, where he lays down the rule to be, that though every man be so far a party to a private act of Parliament as not to gainsay it, yet he is not so far a party as to give up his interest. It is the great question in *Barrington's case*, 8 Rep.

Id. { It is the rule that the King shall not be
Ch. XI p. 668. { restrained of a liberty or a right he had before, by the general words of an act of Parliament, if the King is not named in this act. But if the statute be intended to give a remedy against a wrong, to prevent fraud, tortious, usurpations, or the decay of religion, the King, though not named, shall be bound by it. So, the King, though not specially named, is bound by acts for the advancement of religion or of learning, or for providing for the poor; as by the act 10 Car. for uniting livings in Ireland. So the general words of statutes which tend to perform the will of the founder or donor, shall bind the King, although he be not named. (5 Rep. 14–11 Rep. 73–74–Str. 516). These instances, which are adduced in the books as exceptions to the rule, certainly open the door to great latitude of construction, and leave the rights of the crown very unsettled in such matters. It was said in the *Magdalen College case*, that where the King has any prerogative, estate, right, title, or interest, that by the general words of an act of Parliament he shall not be barred of them. In latter instances the claim is only asserted, that the King shall not be divested of any of his prerogatives but by plain and express words for that purpose, though all his other rights are no more favoured in law than the rights of his subjects. (*Rex v. Archbishop of Armagh*, 8 Mod. 8). The

[ARTICLE 9.]

sensible conclusion seems to be, that in such cases he may be precluded of such inferior claims as might belong indifferently to the King or to a subject, (as the title to an advowson or to a landed estate,) but not stripped of any part of his ancient prerogative, nor of those rights which are incommunicable, and are appropriated to him as essential to his regal capacity (1 Woodis, 31).

If an act speaks of the King generally and indefinitely, being named in his politic capacity it extends to all his successors, and to a Queen, if the crown descends to a female (12 Rep. 110).

A statute beginning “ *Rex perpendens* ” &c., so,—“ the King commandeth that no man shall disturb any electors to make free election,”—are instances where the King, being named, is bound (2 Inst. 31).

And though it is said that the King shall not be bound by a statute (whether affirmative or negative) which does not expressly name him, yet if there be equivalent words, or if the prerogative be included by necessary implication, it would seem to admit a different construction. Thus the stat. 7. H. 4. c. 4, provided that *protection* should not lie for a warden of a prison, in debt brought against him upon an escape. “ See,” it is said, “ that this is a statute which shall bind the King ; for none can grant protection but the King only, and therefore that the statutes says that the protection shall not lie, is as much as to say that the King shall not dispense with the statute, *quod nota* ” (2 Hawk. P. C. 411, Cap. 42. S. 3).

Chitty's Prerogatives } The general rule clearly is, that though
Ch. 15 p. 382. } the King may avail himself of the provisions of any acts of parliament, he is not bound by such as do not particularly and expressly mention him.

[ARTICLE 9.]

To this rule, however, there is a most important exception namely, that the King is impliedly bound by statutes passed for the public good ; the relief of the poor ; the general advancement of learning, religion and justice ; or to prevent fraud, injury or wrong.... So where an act of Parliament gives a new estate or right to the King, it shall bind him as to the manner of enjoying and using the right, as well as a subject (4 Mod. 207). And though upon the construction of a statute, nothing " shall be taken by equity, " (or relaxed construction,) against the King ; yet it has been observed by J. Doderidge (Rol. R. 67—See 10 Rep. 84), that " where the subject has authority to do a thing by the express letter of a statute, this shall not be taken away by any strained construction, though it be for the benefit of the King. " And the Crown, though not named, is bound by the General words of statutes which tend to perform the will of a founder or donor.

But acts of Parliament which would divest or abridge the King of his prerogatives, his interests or his remedies, in the slightest degree, do not in general extend to, or bind the King, unless there be express words to that effect. Therefore the statutes of limitation, bankruptcy, insolvency, set off, &c. (Rex v. Copland, Hughes, 204), are irrelevant in the case of the King ; nor does the statute of frauds (29 Car. 2, c. 3) relate to him (1 Salk. 162 — Doubted by Lord Hardwicke. 3 Atk. 154), and other instances might be mentioned.

And in mere indifferent statutes, directing that certain matters shall be performed as therein pointed out, the King is not thereby in many instances prevented from adopting a different course, in pursuance of his prerogative. " There are also statutes (says Lord Hobart Hob. R. 126) which were made to put things in an orderly form, and to ease a sovereign of labour ; but not to deprive him of power which cannot be

[ARTICLE 9.]

said to bind the King." Thus though the 25 H. 8, c. 21, s. 3 directing the manner of granting dispensations, licences, &c. in ecclesiastical cases, provides that dispensations shall not otherwise be granted, the King may grant them as before.

[ARTICLE 10.]

10. Un acte est public soit par sa nature même, soit pour avoir été déclaré tel ; tout autre acte est privé.

Chacun est tenu de prendre connaissance des actes publics ; les actes privés, au contraire, doivent être plaidés.

10. An act is public, either by its nature or by its being so declared. All other acts are private.

All persons are bound to take cognizance of public acts ; but private acts must be pleaded.

*S. R. C., c. 5. } S'il est déclaré qu'aucun acte comme susdit
s. 6. § 27. } est un acte public, telle déclaration sera interprétée comme prescrivant que tous juges, juges de paix et autres, seront tenus de prendre judiciairement connaissance du dit acte sans qu'il soit spécialement plaidé ; et tout acte qui n'est pas de sa nature, ou en vertu d'une disposition expresse, un acte public, sera censé être un acte privé, et il n'en sera pris judiciairement connaissance que quand il sera spécialement plaidé ; et tous exemplaires des actes publics ou privés, imprimés par l'imprimeur de la Reine, feront preuve de tels actes et de leur contenu, et tout exemplaire dit imprimé par l'imprimeur de la Reine, sera censé l'avoir été par lui, à moins que le contraire ne soit prouvé.

Statuts du Canada, 31 Vic. } Tout acte, à moins que par dis-
ch. 1, Sec. 7, § 38. } position expresse il ne soit déclaré acte privé, devra être réputé acte public, et il en sera judiciairement pris connaissance par tous juges, juges de paix et autres, sans qu'il soit nécessaire de l'alléguer spécialement ; et tous exemplaires des actes publics ou privés, imprimés par l'imprimeur de la Reine, feront foi de ces actes et de leur contenu, et tout exemplaire apparemment imprimé par l'imprimeur de la Reine, sera censé l'avoir été par lui, à moins que le contraire ne soit démontré.

[ARTICLE 10.]

Voy. *Statut de Québec*, 31 *Vic. ch. 7*, s. 6, cité sous l'art. 17.

2 *Dwarris, ch. 10* } A general or public act, regards the
 p. 630. } whole community, special or private acts
 relate only to particular persons, or to private concerns. Pu-
 blic acts the courts of justice are bound *ex officio* to notice,
 without their being formally set forth. Of private acts the
 judges are not bound to take notice unless they be formally
 shown and pleaded. And this is the doctrine, though the
 private act should make void all proceedings to the contrary
 in such place.

As the judges are bound to take notice of a general law,
 so it is their province to determine whether it be a statute or
 not, and whether public or private.

Id. } The probable grounds of the declared diffe-
 p. 631. } rence in the judicial notice of statutes, public
 and private, may be, (besides the solemnity and intrinsic au-
 thority of a public act of the legislature, and the supposed
 greater notoriety of a matter of universal concern,) the ex-
 treme inconvenience of a contrary rule, and the difficulty
 and uncertainty of which it would be productive.

[ARTICLE 11.]

11. Le juge ne peut refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi.

11. A judge cannot refuse to adjudicate under pretext of the silence, obscurity or insufficiency of the law.

* ff. *Lib.1, Tit. 3, L. 12* } Non possunt omnes articuli singilla-
de legibus. } tim aut legibus, aut senatus consultis
 comprehendi : sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni præest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet.

* 1 *Domat, Liv. I, tit. 1er.* } Les obscurités, les ambiguïtés et
sec. 11, n^o. 9. p. 7. } les autres défauts d'expression qui
 peuvent rendre douteux le sens d'une loi, et toutes les autres difficultés de bien entendre, et de bien appliquer les lois, doivent se résoudre par le sens le plus naturel, qui se rapporte le plus au sujet, qui est plus conforme à l'intention du législateur, et que l'équité favorise le plus. Ce qui se découvre par les diverses vues de la nature de la loi, de son motif, de son rapport aux autres lois, des exceptions qui peuvent la restreindre, et des autres semblables réflexions qui peuvent en découvrir l'esprit et le sens.

10. Pour bien entendre le sens d'une loi, il faut en peser tous les termes et le préambule, lorsqu'il y en a, afin de juger de ses dispositions par ses motifs et par toute la suite de ce qu'elle ordonne, et ne pas borner son sens à ce qui pourrait paraître différent de son intention, ou dans une partie de la loi tronquée, ou dans le défaut d'une expression. Mais il faut préférer à ce sens étranger d'une expression défectueuse, celui qui paraît d'ailleurs évident par l'esprit de la loi entière. Ainsi c'est blesser les règles et l'esprit des lois, que de se servir, ou pour juger, ou pour conseiller, d'une partie

[ARTICLE 11.]

détachée d'une loi, et détournée à un autre sens que celui que lui donne sa liaison au tout.

11.—Si dans quelque loi il se trouve une omission d'une chose qui soit essentielle à la loi, ou qui soit une suite nécessaire de sa disposition, et qui tende à donner à la loi son entier effet selon son motif, on peut, en ce cas, suppléer à ce qui manque à l'expression, et étendre la disposition de la loi à ce qui étant compris dans son intention, manquait dans les termes.

12.—Si les termes d'une loi en expriment nettement le sens et l'intention, il faut s'y tenir. Que si le vrai sens de la loi ne peut être assez entendu par les interprétations qui peuvent s'en faire selon les règles qu'on vient d'expliquer, ou que ce sens étant clair, il en naisse des inconvéniens contre l'utilité publique, il faut alors recourir au Prince, pour apprendre de lui son intention sur ce qui peut être sujet à *interprétation*, *déclaration* ou *modération*; soit pour faire entendre la loi, ou pour y apporter du tempérament.

13.—Si la disposition d'une loi étant bien connue, quoique le motif en soit inconnu, il paraît en naître quelque inconvénient qu'on ne puisse éviter par une interprétation raisonnable, il faut présumer que la loi a d'ailleurs son utilité et son équité par quelque vue du bien public, qui doit faire préférer son sens et son autorité aux raisonnemens qui pourraient y être contraire. Car autrement plusieurs lois très-utiles et bien établies seraient renversées ou par d'autres vues de l'équité, ou par la subtilité du raisonnement.

14. Les lois qui favorisent ce que l'utilité publique, l'humanité, la religion, la liberté des conventions et des testaments, et d'autres semblables motifs rendent favorables, et celles dont les dispositions sont en faveur de quelques personnes, doivent s'interpréter avec l'étendue que peut y donner la faveur de ces motifs jointe à l'équité, et ne doivent pas

[ARTICLE 11.]

s'interpréter durement, ni s'appliquer d'une manière qui tourne au préjudice des personnes que leurs dispositions veulent favoriser.

15.—Les lois qui restreignent la liberté naturelle, comme celles qui défendent ce qui de soi n'est pas illicite, ou qui dérogent autrement au droit commun, les lois qui établissent les peines des crimes et des délits, ou des peines en matière civile, celles qui prescrivent de certaines formalités, les règles dont les dispositions paraissent avoir quelque dureté ; celles qui permettent l'exhérédation, et les autres semblables s'interprètent de sorte qu'on ne les applique pas au-delà de leurs dispositions à des conséquences pour des cas où elles ne s'étendent point. Et qu'au contraire on y donne les tempéramens d'équité et d'humanité qu'elles peuvent souffrir.

16.—Si quelque loi ou quelque coutume se trouve établie par des considérations particulières contre d'autres règles, ou contre le droit commun, elle ne doit être tirée à aucune conséquence hors des cas que sa disposition marque expressément. Ainsi l'ordonnance qui défend de recevoir la preuve des conventions au-dessus de cent livres, et la preuve des faits qui sont différens de ce qui a été convenu, ne s'étend pas à des faits d'une autre nature, où il ne s'agirait point de convention.

17.—Les bienfaits et les dons des princes s'interprètent favorablement et ont toute l'étendue raisonnable que peut leur donner la présomption de la libéralité naturelle aux Princes, pourvu qu'on ne les étende pas d'une manière qui fasse préjudice à d'autres personnes.

18.—Si les lois où il se trouve quelque doute ou quelque autre difficulté, ont quelque rapport à d'autres lois qui puissent en éclaircir le sens, il faut préférer à toute autre interprétation celle dont les autres lois donnent l'ouverture. Ainsi lorsque des lois nouvelles se rapportent aux anciennes, ou à

[ARTICLE 11.]

d'anciennes coutumes, ou les anciennes aux nouvelles, elles s'interprètent les unes par les autres, selon leur intention commune, en ce que les dernières n'ont pas abrogé.

19.—Si les difficultés qui peuvent arriver dans l'interprétation d'une loi ou d'une coutume, se trouvent expliquées par un ancien usage qui en ait fixé le sens, et qui se trouve confirmé par une suite perpétuelle de jugemens uniformes, il faut s'en tenir au sens déclaré par l'usage, qui est le meilleur interprète des lois.

20.—Si quelques provinces ou quelques lieux manquent de règles certaines pour des difficultés dans des matières qui y sont en usage, et que ces difficultés ne soient pas réglées par le droit naturel, ou les lois écrites, mais qu'elles dépendent des coutumes et des usages, on doit s'y régler par les principes qui suivent des coutumes de ces lieux mêmes. Et si cela ne règle pas la difficulté, il faut suivre ce qui s'en trouve réglé par les coutumes voisines qui en disposent, et surtout par celle des principales villes.

21. Toutes les lois s'étendent à tout ce qui est essentiel à leur intention. Ainsi la loi permettant le mariage aux garçons à l'âge de quatorze ans accomplis, et aux filles à douze, c'est une suite de ces lois, que ceux qui se marient puissent s'obliger, quoique mineurs, aux conventions du mariage qui regardent la dot, le douaire, la communauté des biens, et les autres semblables. Ainsi les juges étant établis pour rendre la justice, leur autorité s'étend à tout ce qui devient nécessaire pour l'exercice de leurs fonctions ; comme est le droit de réprimer par des peines ceux qui résistent aux ordres de la Justice, et il en est de même de toutes les autres suites de leur ministère.

22.—Dans les lois qui permettent, on tire la conséquence du plus au moins. Ainsi ceux qui ont le droit de donner leurs biens, ont à plus forte raison le droit de les vendre. Et de

[ARTICLE 11.]

même ceux qui ont le droit d'instituer des héritiers par un testament, ont à plus forte raison le droit de faire des legs.

23.—Dans les lois qui défendent, on tire la conséquence du moins au plus. Ainsi les prodigues à qui on a interdit l'administration de leurs biens, ne peuvent à plus forte raison les aliéner. Ainsi ceux qui sont déclarés indignes de quelque charge ou de quelque honneur, sont à plus forte raison indignes d'une plus grande charge, et d'un honneur plus considérable.

24.—Cette étendue des lois du moins au plus, et du plus au moins, est bornée aux choses qui sont de même genre que celles dont la loi dispose, ou qui sont telles que son motif doive s'y étendre, comme dans les exemples des articles précédens. Mais il ne faut pas tirer la conséquence ni du plus au moins, ni du moins au plus, quand ce sont des choses de différent genre, ou qui sont telles que l'esprit de la loi ne s'y applique point. Ainsi la loi qui permet aux adultes de s'engager dans le mariage, et d'y obliger leurs biens pour les conventions qui en sont les suites, quoiqu'ils soient mineurs, serait mal appliquée à d'autres sortes de conventions, quelque moins importantes. Ainsi : etc.....

* Voy. *S. R. B. C.*, c. 82, s. 1, cité sous l'article 12.

* 1 *Pand. Frs.* } Cet article (art. 4 C. N.) est devenu nécessaire,
 p. 424 et s. } à raison de ce qu'avaient fait les assemblées appelées nationales.

La constituante avait établi le principe général et sans limitation, que le juge ne peut point interpréter la loi. Les assemblées législatives et la convention avaient posé une règle plus stricte encore, et d'une exécution impossible, c'est que tout jugement devait être fondé sur un texte formel.

[ARTICLE 11.]

En conséquence, toutes les fois que les tribunaux voyaient, ou croyaient voir de l'obscurité dans une loi, et qu'ils ne pouvaient pas l'appliquer directement, ils avaient recours soit au corps législatif, soit au gouvernement, qui se trouvaient ainsi fatigués par des référés, et perpétuellement occupés des affaires des particuliers.

Lorsque les questions qui se présentaient n'étaient déterminées par aucune loi, les tribunaux ne jugeaient pas, et l'administration de la justice en souffrait.

Il a fallu faire cesser cet inconvénient, ou, pour mieux dire, cet abus; et en laissant aux juges la faculté d'interpréter la loi par voie de doctrine, rien n'était en même temps et plus juste et plus aisé, puisqu'il n'ont plus aucun motif légitime, aucun prétexte raisonnable, de refuser de prononcer sur les questions qui leur seront présentées, quelles qu'elles soient. Les lois, comme nous l'avons vu, ne peuvent pas comprendre individuellement tous les cas; elles ne peuvent que donner des règles générales qui embrassent les cas les plus ordinaires.

Jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur
L. 8. ff. de Leg. Sed sufficit ut ea quæ plerumque accidunt contineri. L. 10, eod. in fin.

C'est pour cela, comme le dit Vinnius sur cette loi 8, que la loi s'appelle une règle, parce qu'elle s'étend à toutes sortes de personnes, et s'applique à tous les cas de la même espèce, à l'égard desquelles milite la même raison de décider. *Secundum hoc, omnis lex est regula quia loquitur in pluribus casibus, in quibus eadem est æquitas, et de universis personis.* Car, comme le disent encore Cujas et Jacques Godfroid, *ad dictam legem*, les lois ne sont pas faites, à moins qu'il ne s'agisse de privilège, pour telle personne, ou pour telle occasion, mais pour tous les citoyens, et pour toutes les affaires.

[ARTICLE 11.]

Ainsi, il doit se rencontrer une multitude de circonstances où la loi ne s'explique pas précisément. C'est alors l'office du juge d'appliquer à ces circonstances la règle établie par la loi, en en déduisant les conséquences. C'est là cette interprétation qui, non-seulement lui est permise, mais encore lui est ordonnée ; il doit la faire, d'abord suivant les règles générales que nous avons exposées sur l'article premier, et ensuite suivant celles relatives à chaque matière, et qui se trouveront sur chacune d'elles, à mesure que nous en traiterons.

Que si cette interprétation devient difficile, soit à raison de l'obscurité des termes de la loi, soit à raison du fait qui donne lieu à la contestation qui est à juger, il doit chercher à concilier la justice avec l'intention de la loi.

Si, enfin, le cas qui se présente est absolument nouveau ; si la loi est muette, ou qu'il n'y en ait point ; il doit alors suivre les préceptes de l'équité naturelle ; et quelle que soit la question à décider, il est à peu près impossible que, indépendamment des lumières de la raison, il ne trouve pas dans les lois romaines les secours nécessaires pour le guider dans l'application des vrais principes de l'équité. *Hæc æquitas suggerit, etsi jure deficiamus* L. 2, § 5 *in fin. de Aq. et Aqu. pluv. arc.*

Par exemple, lorsqu'une loi permet le plus, il en résulte qu'elle permet à plus forte raison le moins ; ainsi ceux qui peuvent disposer de leurs biens à titre gratuit, ont nécessairement la faculté d'en disposer à titre onéreux, c'est-à-dire, de les vendre. *Non debet cui plus licet, quod minus est non licere.* L. 21, ff. de Reg. Jur. *cyjus est donandi, ejusdem et vendendi, et concedendi jus est.* L. 163, eod. *Qui potest invitis alienare, multo magis et ignorantibus, et absentibus potest.* L. 26, eod.

A l'égard des lois qui défendent, on tire, par la même raison, la conséquence du moins au plus. Ainsi, celui qui n'a pas l'administration libre de ses biens, n'a pas, à plus forte raison, le droit de les vendre.

[ARTICLE 11.]

Remarquez que cette règle n'est vraie, qu'en l'appliquant aux choses de même espèce ; elle serait fausse, ou du moins mal employée, si l'on voulait l'appliquer à des choses de différente espèce.

Il est peu de cas, on peut même dire qu'il n'en est pas, à l'égard desquels un juge instruit ne puisse trouver ainsi dans le droit Romain des règles sûres pour se décider.

C'est donc à tort qu'il refuserait de le faire, et c'est justement que la loi dans ce cas le déclare coupable.

* *I Locré pp. 213-214.* } Il était nécessaire “ d'empêcher les juges de suspendre ou de différer arbitrairement leurs décisions par des référés au législateur. ”
—(*Portalis*).

Cet abus, que l'article 4 tend à réformer, s'est introduit par le remède même que l'assemblée constituante avait apporté à l'abus opposé.—(*Tronchet*).

En effet, sous l'ancien ordre de choses, les cours et même les premiers juges se permettaient d'établir des dispositions générales pour interpréter la loi ou pour la suppléer ; l'insuffisance de la législation leur donnait, à cet égard, une grande latitude.

L'assemblée constituante défendit aux tribunaux *de faire des réglemens* ; elle leur ordonna de s'adresser au corps législatif, toutes les fois qu'il croiraient nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle.—(*Loi 24 Aout 1790*).

Cette loi fit naître l'opinion également fausse et dangereuse, que, quand les juges ne trouvaient pas un texte précis dans la loi, il ne leur était pas permis de prononcer d'après la seule équité ou d'après les usages.

L'erreur s'accrédita encore plus sous le régime de 1793, qui frappa de crainte les tribunaux.

La cour de cassation a cherché depuis à ramener les tribu-

[ARTICLE 11.]

naux aux principes, en annulant, pour cause de déni de justice, et d'excès de pouvoir, tous les jugemens de référé.

Mais la connaissance des principes se propage trop lentement par des exemples ; il est donc plus utile de les établir par la loi : ainsi, dans l'état des choses, l'article 4 devenait indispensable.

* l *Duranton* } Il ne suffit pas à la Société que la loi soit
 No. 94. } obligatoire pour tous ses membres ; il faut encore que les magistrats chargés d'en appliquer les dispositions aux divers cas qui se présentent, ne puissent jamais se soustraire à l'accomplissement du mandat qui leur est confié. C'est ce qui pourrait cependant arriver fréquemment, si dans les circonstances embarrassantes, il leur était permis de refuser une décision, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi.

Institués par le Souverain pour rendre la justice aux citoyens, et revêtus d'un pouvoir indépendant, puisqu'il est irrévocable (art. 49 de la charte constitutionnelle de 1830), les juges transgresseraient donc leur mandat s'ils se refusaient à juger les causes qui leur sont soumises dans les limites de leurs attributions. Ils se rendraient ainsi coupables de déni de justice.

95. Si, véritablement la loi est muette ou insuffisante, le juge a deux partis à prendre pour fixer sa détermination.

D'abord, il peut le faire par des inductions tirées de lois rendues sur des objets différens, mais qui cependant présentent quelque analogie avec celui soumis à sa décision, à moins toutefois que le législateur n'ait expressément limité sa disposition au cas pour lequel elle est intervenue : c'est ce qu'on appelle juger par voie de doctrine, dont nous allons parler tout à l'heure avec plus d'étendue.

En second lieu, il peut se déterminer par le secours de la raison et de l'équité naturelle.

[ARTICLE 11.]

96.—Mais il ne peut juger d'après cette dernière voie qu'autant qu'il n'y a pas de loi sur la question qui lui est soumise. Car, si les grands principes de la raison naturelle parlent le même langage à tous les hommes que le crime n'a point pervertis, ou dont l'intelligence n'est point altérée, il n'en est pas moins vrai que les règles d'un ordre secondaire ne s'entendent pas de la même manière pour tous indistinctement. Tel, en effet, voit une chose juste dans une prétention où tel autre ne voit qu'une demande peu raisonnable. C'est donc la raison générale qu'a du consulter le législateur, et non la raison particulière de tel homme, de quelque probité et de quelques lumières que cet homme soit doué. La conséquence de ces principes, c'est que le magistrat doit juger suivant la loi, fût-elle injuste dans son application à la cause qui lui est soumise. Par exemple, le moyen de prescription, invoqué pour se libérer de l'obligation d'acquitter une dette qui n'a réellement pas été soldée, est généralement un moyen qui blesse les principes de l'équité naturelle ; mais les lois l'ont consacré, parce que, pour quelques fois que l'on en abusera, il procurera dans mille autres cas d'heureux effets : il est le fondement de la tranquillité des familles et de la société. Il ne doit sans doute pas être suppléé d'office par le juge, mais s'il est opposé par la partie, il doit être accueilli, encore que le magistrat eût la conviction que la dette n'a point été acquittée. Il vaut mieux que la mauvaise foi triomphe dans un cas, que si une loi utile à la masse pouvait être impunément éludée ; bientôt on la verrait tomber en désuétude, par les atteintes qui lui seraient journellement portées.

97.—Il n'y a pas de difficulté sur ce point : il peut y en avoir seulement dans le cas où le juge aurait à choisir entre la première et la deuxième voie qu'il a à suivre dans le silence de la loi, et lorsque ses lumières, sa raison naturelle, répugneraient à ce qu'il appliquât à l'espèce, et par argument, une autre loi qui lui paraîtrait rigoureuse dans ses effets.

[ARTICLE 11.]

On peut dire, à cet égard, que les dispositions rigoureuses doivent être restreintes aux cas pour lesquels elles ont été portées, et que celles qui sont favorables doivent facilement être étendues à des cas analogues : *Odia sunt restringenda, favores ampliandi*. Les lois 17, 18 et 19, ff. *de Legibus*, consacrent ce principe, et notre législation ne l'a point répudié. C'est pour cela qu'en matière criminelle tout est positif, et qu'il est interdit aux tribunaux d'appliquer des peines par analogie.

98.—D'après nos institutions politiques, le pouvoir législatif étant essentiellement distinct du pouvoir judiciaire, les juges ne doivent point juger par voie de disposition générale et réglementaire. Ils s'attribueraient ainsi une portion de la puissance législative. En effet, juger par voie de disposition générale et réglementaire, c'est dire qu'à l'avenir tel cas sera jugé de telle manière ; c'est en quelque sorte faire une loi comme en faisaient les préteurs à Rome.

99.—L'on ne doit donc pas confondre avec cette manière de rendre la justice celle qui consiste simplement à juger par voie de doctrine, par voie d'argument. Cette dernière est non-seulement autorisée, mais, de plus, elle est recommandée par l'art. 4, du Code, qui prescrit aux tribunaux de juger, même dans les cas d'obscurité ou d'insuffisance de la loi.

Elle est également recommandée par le droit Romain, et d'une manière bien plus expresse encore : “ Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus-consulti comprehendere : sed cum in aliquâ causâ sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni præest, ad similia procedere, atque ita jus dicere debet. ”—L. 12 ff. *de legibus*.

100.—La meilleure manière d'interpréter les lois, c'est de se conformer à l'usage suivant lequel elles ont toujours été entendues et appliquées. “ Si de interpretatione legis quaeratur, imprimis inspicendum quo jure civitas retro in ejus

[ARTICLE 11.]

modi casibus usa fuisset ; optima enim est legum interpres consuetudo. ”—L. 37 ff. de legibus.

Le code, aux titres des *servitudes* et du *louage*, renvoie même plusieurs fois aux usages locaux, sur des points qui ne sont pas réglés par lui, mais qui sont prévus.

2 Favard, *Rép. Vo. Équité*, p. 438. } Équité.—C'est le sentiment qui porte à rendre la justice ou ce qui est dû à chacun, dans les cas que la loi n'a pas prévus.

De là, cette belle maxime de la loi 90 ff. de *regulis juris* : *æquitas in omnibus quidem rebus, maxime tamen in jure spectanda est.*

Mais, comme on vient de le dire, cette règle a pour limite la loi écrite, et pour ne pas se tromper, il faut s'en tenir à cette distinction : *in his quæ scripto palam comprehensa sunt, etiam si prædura videantur, judex à scripto recedere non potest ; in his autem quæ palam scripto comprehensa non sunt, judex spectare debet æquitatem.*

Voilà le vrai point de départ dans la juste application des lois. On en trouve la preuve dans l'art. 565 du code civil. “ Le droit d'accession (y est-il dit), quand il a pour objet deux chose mobilières, appartenant à deux maîtres différents, est entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle.

Les règles suivantes serviront d'exemple au juge, pour se déterminer, *dans les cas non prévus*, suivant les circonstances particulières.”

C'est bien là dire au juge : dans les cas prévus par la loi, vous la suivrez exactement, vous ne mettrez point votre volonté à la place de la sienne ; mais dans ceux qu'elle n'a pu prévoir, vous chercherez à vous pénétrer des principes qui ont présidé à sa rédaction, et vous déciderez de votre chef, comme il est probable que le législateur eut décidé lui-même.

[ARTICLE 11.]

me ; en un mot, vous suivrez les principes de l'équité naturelle.

L'équité ne peut donc être écoutée par le juge, que quand la loi cesse de parler.

Mais au point où la loi se tait, là commence l'empire de l'équité, qui en est le complément nécessaire, comme le dit implicitement l'art. 4 du code civil, en autorisant à poursuivre, pour déni de justice, le juge qui refuserait de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi.

Cependant, une autorité grave s'est élevée et se fortifie tous les jours, entre la loi et l'équité du juge ; c'est la jurisprudence des arrêts. Dans les doutes qui viennent assiéger notre intelligence, le moyen le plus naturel est d'appeler les lumières d'autrui à notre secours. On doit penser, en effet, que ce qui a déjà été examiné plusieurs fois et décidé constamment de même par un grand nombre d'hommes réputés probes et instruits, est la vérité même, le vrai sens de la loi, et qu'on ne peut s'égarer en jugeant comme eux. *Imperator Severus rescripsit* (dit la loi 38 ff. de *Legibus*), *in ambiguitatibus quæ ex legibus proficiscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter judicatorum auctoritatem, vim legis obtinere debere.*

C'est ce qu'a très bien développé M. Portalis, orateur du gouvernement, dans le discours préliminaire du projet du code civil. " L'office de la loi, a-t-il dit, est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application. De là chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrines qui s'épure journalle-

[ARTICLE 11.]

ment par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation...

“ Il serait sans doute bien désirable que toutes les matières pussent être réglées par les lois. Mais à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue tiennent lieu de loi.”

Le devoir du juge est donc, d'abord d'appliquer la loi aux cas qu'elle a clairement prévus.

Lorsqu'elle ne contient pas de décision positive sur tel cas qui lui est soumis, il doit examiner si la même question n'a pas déjà été soumise à la cour de cassation, et s'il reconnaît qu'elle a été plusieurs fois jugée de la même manière, il faut qu'il ait une conviction bien profonde que l'opinion contraire à la jurisprudence est la seule véritable, pour ne pas suivre la décision des arrêts.

Mais quand il ne trouve ni dans la loi, ni dans la jurisprudence, la solution de la difficulté qui lui est soumise, l'équité devient sa boussole. Il suit alors cette grande maxime qui domine tout le droit naturel et qui a dû présider à la rédaction de toutes les lois positives : *est vera lex recta rata*. (Voy. *Id. vo. Loi sec. III, n. 24 p. 358* —tôme 3).

1 *Toullier*, } Mais quoique la loi soit muette, le jugé, dans
no. 146. } les affaires civiles, n'en est pas moins obligé de
prononcer ; il devient un ministre d'équité ; il est la loi parlante, *lex loquens*, et l'art. 4 du Code porte “ que le juge etc. ”

Ainsi, les juges interprètent la loi d'une manière doctrinale et impriment à leur interprétation le sceau de l'autorité publique, pour les cas particuliers sur lesquels ils ont prononcé.

[ARTICLE 11.]

Idem, t. 9. p. 462, } Le juge est aujourd'hui un ministre d'é-
 n. 302. } quité qui peut et qui doit suppléer au si-
 lence de la loi. C'est aussi la maxime du droit Romain.

Sirey, C. C. sur art, } No. I.—Il y a déni de justice, si le juge
 4, C. N. } renvoie à faire droit sur une partie non
 contestée de la demande, jusqu'à ce que la partie litigieuse
 de cette demande soit en état d'être jugée.—28 juin 1807,
 Turin.—(S. 8. 2. 49 ; C. n. 2. D. A. 5. 7).

No. 7.—Les tribunaux ne peuvent, sous prétexte d'obscurité ou d'insuffisance de la loi, suspendre le jugement d'un procès par un référé au corps législatif.—12 Vend. an 7, Cass. (S. I. I. 165 ; C. n. 1). V. sur ce point, les observations jointes à l'arrêt dans la *collect. nouv.* Devilleneuve et Carrette (Vol. 1. 1. 107).

No. 10.—Il n'y a pas de déni de justice de la part des juges qui refusent de prononcer sur la nullité d'un acte, en déclarant que cet acte, de l'aveu même de toutes les parties, ne renferme qu'un engagement d'honneur duquel il ne peut résulter aucune action civile.—25 fév. 1835. Rej. (S. V. 35. I. 225.)

No. 11.—Ni de la part des juges qui, en se déclarant incompétents pour décider une question d'Etat, refusent de statuer sur une demande formée par des conclusions subsidiaires tendantes à ce qu'il soit donné acte au demandeur d'un aveu judiciaire relatif à la question d'Etat.—14 Mai 1834, Rej. (S. V. 34. I. 847.—D. P. 34. 1. 245).

Voy. *Kent* et *Dwarris* cités sous art. 12.

* C. N., 4. } Le juge qui refusera de juger, sous prétexte
 } du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de
 la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.

[ARTICLE 11.]

* *C. L.* 21. } Dans les matières civiles, le juge, à défaut de
loi précise, est obligé de procéder conformément
à l'équité ; pour décider suivant l'équité, il faut recourir à la
loi naturelle et à la raison, ou aux usages reçus, dans le si-
lence de la loi primitive.

[ARTICLE 12.]

12. Lorsqu'une loi présente du doute ou de l'ambiguïté, elle doit être interprétée de manière à lui faire remplir l'intention du législateur et atteindre l'objet pour lequel elle a été passée.

Le préambule, qui fait partie de l'acte, sert à l'expliquer.

12. When a law is doubtful or ambiguous, it is to be interpreted so as to fulfil the intention of the legislature, and to obtain the object for which it was passed.

The preamble, which forms part of the act, assists in explaining it.

ff. Lib. 1, Tit. 3 } Scire leges non hoc est, verba earum
L. 17, de legibus. } tenere, sed vim ac potestatem.

Ibid. } In ambigua voce legis, ea potius accipienda
L. 19. } est significatio, quæ vitio caret: præsertim
cùm etiam voluntas legis ex hoc colligi possit.

* *S.R.C.c. 5.* } Le préambule de tout acte comme susdit sera
s. 6 § 28. } censé en former partie, dans le but d'expliquer l'objet et les fins à l'égard desquels il a été fait;—et tout acte comme susdit dans toutes ses dispositions ou prescriptions sera censé être dans le but de remédier à quelque chose, soit que l'objet immédiat du dit acte soit d'ordonner de faire une chose que la légistature pourra considérer être dans l'intérêt public, ou d'empêcher qu'on ne fasse une chose qu'elle jugera contraire à cet intérêt, et d'infliger une punition à qui la fera; et il sera en conséquence donné à pareil acte une interprétation large et libérale, et qui sera la plus propre à assurer la réalisation de l'objet de l'acte et de ses dispositions et prescriptions, selon leur vrai sens, intention et esprit.

[ARTICLE 12.]

* *S. R. B. C.* } Toutes les dispositions de tout acte dans ces
c. 82, s. 1. } Statuts Refondus concernant l'administration de
la justice, seront interprétées largement de manière à mieux
atteindre l'objet de la justice dans tous les cas, et aucune in-
terprétation tendant à laisser quelque-une de ses dispositions
sans effet ne sera considérée comme bonne interprétation ; et
s'il se présente quelque cas dans lequel, immédiatement avant
la mise en vigueur de ces Statuts Refondus, une partie quel-
conque aurait eu les moyens de faire valoir ou de défendre
quelque juste réclamation ou droit dans une cour alors existan-
te, et qu'il ne se trouve dans ces statuts aucune disposition par
laquelle elle puisse faire valoir ou maintenir la dite réclama-
tion ou le dit droit, il y sera pourvu par les règles de prati-
que qui seront dressées en vertu des dits statuts, et jusqu'à ce
qu'il y soit ainsi pourvu, nulle procédure pour faire valoir ou
maintenir telle réclamation ou tel droit, qui ne sera pas in-
compatible avec ces statuts, ou avec la loi, ne sera considérée
comme illégale ou nulle : 12 V. c. 38, s. 113.

2.—Les dispositions des dits actes seront interprétés l'une
par l'autre, et comme des parties de la même loi ; 20 V. c 44,
s. 149.

1 *Kent's Comm. part. 3. Lec-* } The title of the act, and the
ture 20 p. 460. } preamble to the act are, strictly
speaking, no parts of it. They may serve to show the general
scope and purport of the act, and the inducements which led
to its enactment. They may, at times, aid in the construc-
tion of it ; but generally they are very loosely and carelessly
inserted, and are not safe expositors of the law. The title
frequently alludes to the subject matter of the act only in
general or sweeping terms, or it alludes only to a part of the
multifarious matter of which the statute is composed. The
title, as it was observed in *United States v. Fisher* (2 Cranch,
386) when taken in connexion with other parts, may assist

[ARTICLE 12.]

in removing ambiguities where the intent is not plain; for when the mind labours to discover the intention of the legislature, it seizes every thing, even the title, from which aid can be derived. So, the preamble may be resorted to in order to ascertain the inducements to the making of the statute; but when the words of the enacting clause are clear and positive, recourse must not be had to the preamble. Notwithstanding that Lord Coke considers the preamble as a key to open the understanding of the statute, Mr. Barrington, in his *Observations on the statutes*, has shown, by many instances, that a statute frequently recites that which was not the real occasion of the law, or states that doubts existed as to the law, when, in fact, none had existed. The true rule is, as was declared by Mr. J. Buller in *Crespigny v. Wittenoom*, (4 Term. 793), that the preamble may be resorted to in restraint of the generality of the enacting clause, when it would be inconvenient if not restrained, or it may be resorted to in explanation of the enacting clause, if it be doubtful. This is the whole extent of the influence of the title and preamble in the construction of the statute. The true meaning of the statute is generally and properly to be sought from the body of the act itself. But, such is the imperfection of human language, and the want of technical skill in the makers of the law, that statutes often give occasion to the most perplexing and distressing doubts and discussions, arising from the ambiguity that attends them. It requires great experience, as well as the command of a peripicuous diction, to frame a law in such clear and precise terms as to secure it from ambiguous expressions, and from all doubt and criticism upon its meaning.

It is an established rule in the exposition of statutes, that the intention of the lawgiver is to be deduced from a view of the whole, and of every part of a statute, taken and compared together. The real intention, when accurately ascertain-

[ARTICLE 12.]

ned, will always prevail over the literal sense of terms. *Scire leges, non hoc est verba earum tenere sed vim ac potestatem*, and the reason and intention of the lawgiver will control the strict letter of the law, when the latter would lead to palpable injustice, contradiction, and absurdity. This was the doctrine of Modestinus, Scævola, Paulus, and Ulpianus, the most illustrious commentators on the Roman law. When the words are not explicit, the intention is to be collected from the occasion and necessity of the law, from the mischief felt, and the remedy in view; and the intention is to be taken or presumed, according to what is consonant to reason and good discretion. These rules, by which the sages of the law, according to *Plowden (Rep. p. 205)*, have ever been guided in seeking for the intention of the legislature, are maxims of sound interpretation, which have been accumulated by the experience, and ratified by the approbation of ages.

The words of a statute are to be taken in their natural and ordinary signification and import; and if technical words are used, they are to be taken in a technical sense. A saving clause in a statute is to be rejected, when it is directly repugnant to the purview or body of the act, and could not stand without rendering the act inconsistent and destructive of itself. (8 *Taunton*, 13-18). Lord Coke, in *Alton Wood's case* (1 *Co.* 47. a), gives a particular illustration of this rule, by a case which would be false doctrine with us, but which serves to show the force of the rule. Thus, if the manor of Dale be by express words given by statute to the king, saving the right of all persons interested therein, or if the statute vest the lands of A. in the King, saving the rights of A., the interest of the owner is not saved, in as much as the saving clause is repugnant to the grant; and if it were allowed to operate, it would render the grant vain and nugatory. But there is a distinction in some of the books between a saving clause and

[ARTICLE 12.]

a proviso in the statute, though the reason of the distinction is not very apparent. It was held by all the barons of the exchequer, in the case of the Atty. Gen. v. The Governor and Company of Chelsea Water Works (Fitzg. 195), that where the proviso of an act of parliament was directly repugnant to the purview of it, the proviso should stand, and be held a repeal of the purview, because it speaks the last intention of the lawgiver. It was compared to a will, in which the latter part, if inconsistent with the former, supersedes and revokes it. But it may be remarked, upon this case of *Fitzgibbon*, that a proviso repugnant to the purview of the statute, renders it equally nugatory and void as a repugnant saving clause; and it is difficult to see why the act should be destroyed by the one, and not by the other, or why the proviso and the saving clause, when inconsistent with the body of the act, should not both of them be equally rejected. There is also a technical distinction between a proviso and an exception in a statute. If there be an exception in the enacting clause of a statute, it must be negatived in pleading; but if there be a separate proviso, that need not. (Abbot, J. 1 *Barn. & Ald.* 99).

Several acts *in pari materia*, and relating to the same subject, are to be taken together, and compared, in the construction of them, because they are considered as having one object in view, and as acting upon one system. This rule was declared in the cases of *Rex. v. Loxdall*, and the *Earl of Ailesburg v. Patterson* (1 *Burr.* 445. *Doug.* 27. See also *Vernon's case*, 4 *Co.* 4); and the rule applies, though some of the statutes may have expired, or are not referred to in the other acts. The object of the rule is to ascertain and carry into effect the intention; and it is to be inferred, that a code of statutes relating to one subject, was governed by one spirit and policy, and was intended to be consistent and harmonious in its several parts and provisions. Upon the same principle, when-

[ARTICLE 12.]

ever a power is given by a statute, every thing necessary to the making of it effectual, or requisite to attain the end, is implied. *Quando lex aliquid concedit, concedere videtur et id, per quod devenitur ad illud.*

.....For the sure and true interpretation of all statutes, whether penal or beneficial, four things are to be considered : what was the common law before the act ; what was the mischief against which the common law did not provide ; what remedy the parliament had provided to cure the defect ; and the true reason of the remedy. It was held to be the duty of the judges, to make such a construction as should repress the mischief, and advance the remedy.

In the construction of statutes, the sense which the contemporary members of the profession had put upon them, is deemed of some importance, according to the maxim that *contemporanea expositio est fortissima in lege*. Statutes that are remedial and not penal, are to receive an equitable interpretation, by which the letter of the act is sometimes restrained, and sometimes enlarged, so as more effectually to meet the beneficial end in view, and prevent a failure of the remedy..... Statutes are sometimes merely directory, and, in that case, a breach of the direction works no forfeiture or invalidity of the thing done ; but it is otherwise if the statute be imperative.

2 *Dwarris, ch. XI,* } The preamble to a statute usually con-
p. 655. } tains the motives and inducements to the
 making of it ; but it also has been held to be no part of the
 statute.—(6 Mod. 62.)

In doubtful cases, recourse may be had to the preamble, to discover the inducements the legislature had to the making of the statute ; but when the terms of the enacting clause are clear and positive, the preamble cannot be resorted to.

[ARTICLE 12.]

Lord Coke considered the rehearsal or preamble, a key to open the understanding of the statute, and it is properly considered (4 Inst. 330) a *good mean* for collecting the intent and showing the mischiefs which the makers of the act intended to remedy. The civilians say, *cessante legis præmio cessat et ipsa lex*, but English lawyers are aware how seldom, at least in the older statutes, the key will unlock the casket; how rarely the preamble is found to state the real occasion of the law, and the full views of the proposer of it. "It is nothing unusual in acts of Parliament," says Lawrence, J., in the case of the king and Marks, "for the enacting part to go beyond the preamble; the remedy often extends beyond the particular act or mischief which first suggested the necessity of the law". "It certainly does appear, from the preamble of the act," said Lord Ellenborough, (3 East. 165,) in that case, "as if it were mainly directed against combinations for purposes of mutiny and sedition; but there are words sufficient in the enacting part to satisfy the preamble, and after dealing with offences of that description, the act goes on in much more extensive terms, and embraces other more general objects; and as there is no word of reference in the latter part, (*as such*), I see no reason for restraining the common import of the word used," &c. "Sometimes,"—it is well expressed by another reporter, "the legislature having a particular mischief in view, which was the primary object of the statute, merely state *that* in the preamble, and then go on in the body of the act, to provide a remedy for general mischiefs of the same nature, but of different species, neither expressed in the preamble, nor, perhaps, then in immediate contemplation." (Main and Cammel, Lofft. 783). Indeed, Lord Coke's manner of expressing himself is very observable. Instead of saying that the preamble should control the enacting clauses, or of limiting precisely how far it should have that effect, which would have been attempting to mark a line,

[ARTICLE 12.]

where, it is to be feared, one cannot be drawn, he cautiously says, that it is a good mean to find out the intention. (Harg. and Butl. notes on Co.) Indeed, what sort of influence the preamble ought to have in expounding statutes, will be best explained by examples, at a future time, when the rules of construction applicable to distinct parts of statutes are taken into consideration.

It will, perhaps, be found, that the rule is stated at once broadly, and with the greatest accuracy, by two of the judges, (Mr. Justice Buller, and Mr. Justice Grose,) in the case of *Crespigny v. Witenoom* (4 T. R. 193); that the preamble may be compared with the different clauses of the act, to collect the intention of the legislature; and when the intention is apparent not to extend the act, the preamble may be used in restraint of the generality of the enacting clause, when it would be inconvenient if not restrained; or it may be resorted to in explanation of the enacting clause, if it be doubtful.

Such is the whole extent of the influence of the title and preamble. Barrington has shown in his observations on the statutes, by many instances, that a statute frequently recites that which was not the real occasion of the law, or states that doubts existed as to the law, when in fact none were entertained.

The most common recital for the introduction of any new regulation has been to set forth that doubts have arisen at common law. Frequently these alleged doubts never existed at all; and such preambles are supposed, therefore, to have much weakened the force of the common law in several instances. The preamble of an act of Parliament, reciting that certain outrages had been committed in particular parts of the kingdom, was adjudged by the Court of King's Bench, (*R. v. Sutton*, 4 M. & S. 532; 1 Phill. on Evid. 239), to be admissible in evidence for the purpose of proving an introduc-

[ARTICLE 12.]

tory averment in an information for a libel, that outrages of that description had existed. Public acts of Parliament, it was said, are binding upon every subject: the judges are bound to take judicial notice of their contents; every subject is, in judgment of law, privy to the making of them, and supposed to know them; the passing of an act of Parliament is a public proceeding in all its stages, and when the act is passed, it is, in contemplation of law, the act of the whole body of the kingdom. The Court of King's Bench, for these reasons, were of opinion that the preamble in question had been properly admitted in evidence.

The true meaning of the statute is generally and properly to be sought from the *purview or body of the act*. The preamble of a statute is no more than a recital of *some* inconveniences, which by no means excludes any other, for which a remedy is given by the enacting part of a statute. Great doubts have existed how far the preamble should control the enacting part of a statute; but abundant cases have established that where the words in the enacting part are strong enough to take in the mischief intended to be prevented, *they* shall be extended for that purpose, though the preamble does not warrant it; in other words, the enacting part of the statute may extend the act beyond the preamble (3 Atk. 204; Cowp. 543).

It will be found also, to be an established rule in the exposition of statutes, that the intention of the law-giver is to be deduced from a view of the whole and of every part of the statute, taken and compared together. In construing acts of Parliament the courts are not to look only at the language of the preamble, or of any particular clause. If they find in the preamble, or in any particular clause, an expression not so large and extensive in its import as those used in other parts of the act, &c., it is their duty to give effect to the larger expressions. Indeed a statute ought, upon the whole, to be

[ARTICLE 12.]

so construed, that, if it can be prevented, no clause, sentence, or word, should be superfluous, void or insignificant. (1 Show, 108. R. v. Burchett, Hard. 344).

But the general words in one clause of a statute may be restrained by the particular words in a subsequent clause of the same statute (8 Mod. 8.) A branch of *Magna Charta* says, *Omnes barones de quinque portubus habeant omnes libertat, et consuetudines suas*: this has been held to be restrained to such liberties as are not taken away by another subsequent branch of the same statute; and therefore they shall not hold *placita coronæ* (2 Inst. 13). Where a general intention is expressed, and the act also expresses a particular intention incompatible with the general intention, the particular intention is to be considered in the nature of an exception (5 Bing. 180). While, if a particular thing be given or limited in the preceding parts of a statute, this shall not be taken away or altered by any subsequent general words of the same statute (1 Jon. 26). Indeed, where the intention of the legislature is not apparent to that purpose, the general words of another and later statute shall not repeal the particular provisions of a former one, (6 Rep. 19 b.; 11. Rep. 68 b). “It cannot be contended,” “said Lord Kenyon,” that a subsequent act of Parliament will not control the provisions of a prior statute, if it were intended to have that operation; but there are several cases in the books to show, that when the intention of the legislature was apparent that the subsequent act should not have such an operation, there, even though the words of such statute taken strictly and grammatically would repeal a former act, the courts of law, judging for the benefit of the subject, have held that they ought not to receive such a construction (4 T. R. 2. 4). And if, in the same act of Parliament, there be one clause which applies to a particular case, and another which is conceived in general

[ARTICLE 12.]

terms, the former shall not restrain the signification of the latter, (2 T. R. 164.)

A saving in a statute is only an exception of a *special* thing out of the *general* things mentioned in a statute (2 And. 192).

The purview of an act may be qualified or restrained by a saving in the statute (1 Jon. 339 ; 10 Mod. 115).

But a saving clause in a statute where it is directly repugnant to the purview or body of the act, and cannot stand without rendering the act inconsistent and destructive of itself, is to be rejected (Plow. 564).

C. L. 16. } Quand les expressions d'une loi sont douteuses, on peut en rechercher la signification, en examinant et comparant les termes ou phrases ambiguës avec les autres parties de la loi, afin de déterminer leur véritable sens.

Id. 17. } Les lois *in pari materia*, ou sur un même sujet, doivent être interprétées suivant le rapport qu'elles ont l'une avec l'autre ; ce qui est clair dans une loi peut servir de base pour expliquer ce qui est douteux dans une autre.

Id. 18. } Le moyen le plus universel et le plus efficace pour découvrir le véritable sens d'une loi, lorsque les expressions en sont douteuses, est de considérer la raison et l'esprit de cette loi ou la cause qui a déterminé la législation à la rendre.

[ARTICLE 13.]

13. On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs.	13. No one can by private agreement, validly contravene the laws of public order and good morals.
--	--

ff. Lib. 2, Tit. 14, L. 38, de pactis.—Jus publicum privatorum pactis mutari non potest.

ff. Lib. 50, Tit. 17, L. 45 § 1, de div. regul. jur.—Privatorum conventio juri publico non derogat.

C. Lib. 2, Tit. 3, L. 6, de pactis.—Pacta quæ contra leges consuetudinesque, vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitati juris est.

**Pothier obligations*, } Une cinquième division de contrats,
 No. 15. } est en ceux qui sont assujétis, par le droit civil, à certaines règles ou à certaines formes, et ceux qui se règlent par le droit naturel.

Ceux qui sont assujétis parmi nous à certaines règles ou à certaines formes, sont le contrat de mariage, le contrat de donation, le contrat de lettre de change, le contrat de constitution de rente. Les autres conventions ne sont, selon nos mœurs, assujétis à aucunes formes, ni à aucunes règles arbitraires prescrites par la loi civile; et pourvu qu'elles ne contiennent rien de contraire aux lois et aux bonnes mœurs, et qu'elles interviennent entre personnes capables de contracter, elles sont obligatoires et produisent une action.

*18 *Merlin, Rép., Vo. Loi* § } Il faut revenir ici pour donner
 VIII p. 442. } quelques explications à l'art. 6 du code civil, portant " qu'on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs."

[ARTICLE 13.]

1^o Quelles sont, dans le sens de cet article, les lois qui intéressent l'ordre public ?

Les législateurs romains avaient proclamé, comme le code civil, le principe qu'il ne peut être rien changé au droit public, par des conventions particulières : *Jus publicum*, avaient-ils dit, *privatorum pactis mutari non potest* ; mais, comme le code civil, ils avaient laissé ce principe dans le vague : ils n'avaient pas défini ce qu'on pouvait précisément entendre, en cette matière, par les mots *jus publicum* : ils avaient même placé les lois relatives aux formes des testaments, parmi les objets réglés par le droit public.

Ils avaient encore augmenté la confusion en déclarant nuls indistinctement tous les pactes qui dérogeaient aux lois : *pacta quæ contra leges constitutionesve..... fiunt, nullam vim habere indubitati juris est*, portait la loi 7, C. de *pactis* ; et ce n'était que par une interprétation fondée sur la faculté qu'ils laissaient eux-mêmes à chacun de déroger par des conventions aux avantages introduits par les lois en sa faveur, que l'on parvenait à établir que cette nullité devait être restreinte aux pactes faits en opposition avec les lois qui avaient pour objet l'intérêt général.

Quoi qu'il en soit, nous avons à examiner quel sens l'art. 6 du code civil attache aux mots, *lois qui intéressent l'ordre public* : et cette question n'est pas aussi simple qu'elle le paraît à la première vue.

Elle n'offrirait sans doute aucune difficulté, si, par l'ordre public, on ne devait entendre que le produit des lois faites pour constituer le corps social, pour l'organiser, pour en déléguer les pouvoirs, pour déterminer la compétence, la marche et les devoirs de chaque autorité ou fonctionnaire, pour régler les obligations des citoyens envers l'Etat.

Et encore serions-nous obligés, dans cette supposition, de reconnaître que l'art. 6 ne doit pas être entendu littérale-

[ARTICLE 13.]

ment et dans toute sa latitude ; car bien que la compétence des tribunaux soit incontestablement de droit public, il est pourtant certain que deux particuliers peuvent, en contractant ensemble, stipuler que, s'il s'élève des différends entre eux, le jugement en sera soumis à un tribunal qui n'a pas de juridiction sur leurs personnes ; et cela est écrit tout au long dans l'art. III du code civil.

La difficulté n'est pas de trouver le motif de cette exception à la généralité de l'art. 6 : on sent assez que, si, dans le cas dont il s'agit, la convention privée des parties l'emporte sur l'ordre public de compétence établi par la loi, c'est uniquement parceque la loi, en assujétissant le demandeur à suivre la juridiction du défendeur, n'a eu en vue que l'avantage personnel de celui-ci, et que chacun est maître, comme on l'a dit tout-à-l'heure, de renoncer aux lois qui ne sont relatives qu'à son intérêt particulier.

Mais ce qui n'est pas aussi facile, c'est de préciser jusqu'où doit s'étendre l'acception des mots *ordre public*, pris dans un sens plus large que celui que nous venons d'indiquer : car on ne saurait douter qu'elle ne doive être étendue au-delà ; et la preuve en est qu'il y a une foule de matières qui sont considérées comme appartenant à l'ordre public, et par suite comme absolument indépendantes des conventions particulières, quoique, restreintes par leur objet aux intérêts des simples individus, elles semblent dépendre uniquement du droit privé.

Par exemple, qu'un majeur, qui n'est ni frappé de fureur, ni en état de démence ou d'imbécillité, administre lui-même ses biens, ou qu'il en abandonne l'administration à un autre, c'est ce qui ne regarde que son intérêt privé. Cependant il est certain, et un arrêt de la cour de cassation, du 7 Septembre 1808, a jugé qu'un particulier dont ni la fureur, ni la démence, ni l'imbécillité n'avaient été juridiquement constatées, n'avait pas pu, par son seul consentement, se priver ir-

[ARTICLE 13.]

révocablement de l'administration de ses biens et se placer volontairement sous la tutelle de sa femme, " attendu qu'on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et règlent l'état des citoyens. "

Qu'un père, en émancipant son fils, renonce à la puissance qu'il a sur sa personne et à l'usufruit que la loi lui donne sur ses biens ; il n'y a encore là que de l'intérêt privé, et il paraîtrait, dès lors, qu'il ne fallût, pour déroger à la loi qui assujétit l'émancipation à certaines solennités, qu'une convention particulière entre le père et le fils. Cependant un arrêt de la cour de cassation, du 7 mars 1816, a décidé que " l'émancipation étant accompagnée de formes solennelles, est, dès lors, de droit public, et que par conséquent il ne peut dépendre de la volonté des citoyens de s'en affranchir. "

C'est encore d'intérêts privés qu'il s'agit dans les contrats de mariage. Cependant l'art. 1388 du Code Civil porte que, par ces contrats, " les époux ne peuvent déroger ni aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants, ou qui appartiennent au mari comme chef, ni aux droits conférés au survivant des époux par le titre de la puissance paternelle et par le titre de la minorité, de tutelle et de l'émancipation. "

Et comme cette défense porte dans tous ses points sur des objets qui tiennent à l'état des personnes, il est évident qu'elle sert à la fois de preuves et d'exemple au principe sur lequel sont fondés les deux arrêts de la cour de cassation que nous venons de citer, savoir, que les lois qui règlent l'état des personnes, intéressent l'ordre public.

Ce principe ne peut donc pas être contesté.

Il est donc applicable à toutes les questions d'état, c'est-à-dire, à toutes celles qui ont pour objet de faire décider

Si l'on est régnicole ou étranger ;

Si l'on jouit de la plénitude des droits civils, ou si l'on est mort civilement ;

[ARTICLE 13.]

Si l'on est marié ou veuf ;
Si l'on est père ou enfant, soit légitime, soit illégitime, soit adoptif ;
Si l'on est majeur ou mineur ;
Si tel mineur est ou non émancipé ;
Si tel majeur est interdit ou non ;
S'il est placé sous l'inspection d'un conseil judiciaire, ou s'il est parfaitement libre.

Toutes ces questions tiennent à l'ordre public ; mais comment y tiennent-elles ?

Elles n'y tiennent point en première ligne, puisqu'elles sont étrangères à l'objet capital du droit public, à la constitution, à l'organisation et au mouvement du corps social,

Mais elles y tiennent secondairement, parce que l'ordre public est intéressé à ce que tous les individus dont se compose le corps social, y soient classés, non seulement à chacun à leur rang politique, mais encore chacun à leur rang civil ; à ce que les étrangers n'y usurpent pas les droits des régnicoles ; à ce que le mort civilement y soit distingué du citoyen ; à ce que les familles qui en sont la pépinière, y trouvent dans les conditions et la forme du mariage, ainsi que dans les règles sur la paternité et la filiation, des garanties contre les intrusions qui amèneraient le trouble et le désordre dans leur sein ; à ce que nul ne puisse, en se portant à volonté pour majeur ou mineur, pour émancipé ou non émancipé, pour interdit ou jouissant de tous ses droits, changer d'un jour à l'autre ses rapports envers ceux avec qui il a des intérêts à démêler.

Et par la même raison, c'est aussi secondairement que se rattachent à l'ordre public d'autres branches du droit privé, que le législateur a cru devoir co-ordonner avec le plus grand avantage de la société, et dans lesquelles par conséquent les conventions particulières sont sans effet, lorsqu'elles sont en opposition avec la loi.

[ARTICLE 13.]

Ainsi, l'indivision entre co-héritiers pouvant amener des dissensions funestes à la tranquillité des familles, l'art. 815 du Code Civil proscriit les conventions qui auraient pour objet de les perpétuer.

Ainsi, l'Etat étant intéressé à ce que l'argent soit employé en opérations utiles plutôt qu'en prêts usuraires, la loi du 10 Septembre 1807 a fixé l'intérêt conventionnel à cinq pour cent, et a interdit toute convention qui l'élèverait au-dessus de ce taux.

Dans ces cas et dans tous ceux où la loi s'explique aussi clairement, il ne peut y avoir aucune difficulté sur l'application du principe établi par l'art. 6.

Mais il en est beaucoup d'autres où la loi, s'en référant tacitement à ce principe général, se contente d'imposer des règles, sans ajouter expressément s'il est permis ou non de leur substituer des conventions particulières, et alors la question dépend de l'objet qu'elle se propose.

Si elle n'a en vue que des intérêts privés, sans rapport direct avec l'intérêt général, nul doute que les conventions particulières ne puissent déroger à ses dispositions.

Mais, si par ses dispositions même, ou par ses motifs, surtout lorsqu'ils font partie de son texte, elle annonce que, tout en réglant des intérêts privés, elle est déterminée par des considérations d'intérêt public, les conventions particulières sont impuissantes.

20. Quel est le sens de l'art. 6, en ce qui concerne les bonnes mœurs ?

Les législateurs romains déclaraient nulles les conventions qui offensaient les bonnes mœurs : *pacta quæ contra bonos mores fiunt nullam vim habere indubitati juris est*. C'était les termes de la loi 7, C. *de pactis*.

L'art. 6 du Code Civil n'a pas un objet aussi étendu. Il ne proscriit que les conventions par lesquelles des particuliers voudraient déroger aux lois qui intéressent les bonnes mœurs ;

[ARTICLE 13.]

et il s'en faut beaucoup que les lois qui intéressent les bonnes mœurs, aient réprimé toutes les actions immorales. Tout ce qui n'est pas expressément défendu par les lois, ne peut être empêché ; mais ce qui est hors de l'atteinte d'un empêchement, n'est pas toujours marqué au coin de l'honnêteté naturelle : *non omne quod licet honestum est*, dit la loi 144, D. *de regulis juris*.

On ne peut donc appliquer l'art. 6 qu'aux conventions qui blessent directement les lois par lesquelles certaines actions immorales sont réprimées.

Ainsi, on l'appliquera sans difficulté à la convention par laquelle le père, la mère, le tuteur d'une personne de l'un ou de l'autre sexe au-dessous de l'âge de 21 ans, ou toute autre personne chargée de sa surveillance, se sera obligée, moyennant la promesse d'une somme d'argent, de la prostituer à celui ou celle qui lui a fait cette promesse ; et il ne sera pas douteux que cette convention ne soit nulle, puisqu'elle se trouvera en opposition diamétrale avec l'art. 334 du Code pénal, qui inflige à ces sortes d'attentats aux mœurs des peines correctionnelles.

Mais l'art. 6 serait inapplicable à la convention par laquelle une personne majeure se serait ainsi prostituée par un tiers, moyennant une promesse d'argent ; pourquoi ? Parceque alors la loi pénale serait muette.

S'en suit-il de là qu'une pareille convention serait valable, et que les juges fussent tenus d'en ordonner l'exécution sous le prétexte que, toute contraire qu'elle serait aux bonnes mœurs, elle ne le serait à aucune loi qui les intéressât ; et qu'ainsi, il y aurait nécessité d'appliquer l'art. 1134 qui déclare que *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ?

Non : à défaut de l'art. 6, les juges trouveraient, pour annuler cette convention, une ressource dans les art. 1131 et 1133, lesquels portent, l'un que *l'obligation sans cause, ou sur*

[ARTICLE 13.]

une fausse cause où sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet : l'autre que la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

La législation du code civil se trouve donc, en dernière analyse, parfaitement d'accord, sur ce point, avec le droit romain.

*Lahaie sur art. } Portalis, discours au corps législatif.—Un
6 C. N., p. 4. } orateur objecte que notre article paraît se réduire aux conventions, tandis qu'il faudrait également annuler tous les autres actes ; par exemple des legs, libéralités, auxquels on aurait apposé des conditions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Nous répondons que ce que la volonté de deux ne peut pas faire, la volonté d'un seul le peut bien moins encore, et que si les conventions sont nulles, il faut, par majorité de raison, annuler les autres actes.

Nous ajouterons que l'exemple d'un legs ou d'une libéralité, à laquelle on aurait apposé des conditions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, est mal choisi ; car, dans ce cas, il n'y a nul doute que la condition seule est annulée et que la libéralité demeure. A cet égard, on a toujours distingué les contrats d'avec les dispositions testamentaires. Les contrats, dont toutes les dispositions sont corrélatives, ne peuvent subsister pour une partie et être annulés pour l'autre, malgré la volonté des contractants. Mais dans un testament, on peut respecter la libéralité et détruire la condition, parce qu'on présume que l'auteur de la libéralité a voulu que l'on exécutât tout ce qui pouvait l'être, et que l'on respectât sa volonté dans toutes les choses qui ne se trouveraient pas en opposition avec la loi.

Il n'eut donc pas été sage, en posant une règle générale, de se jeter dans des détails ou inutiles ou trop contentieux.

[ARTICLE 13.]

Ce n'est que pour maintenir l'ordre public qu'il y a des gouvernements et des lois. Il est donc impossible qu'on autorise entre les citoyens des conventions capables d'altérer ou de compromettre l'ordre public.

Des jurisconsultes ont poussé le délire jusqu'à croire que des particuliers pouvaient traiter entre eux, comme s'ils vivaient dans ce qu'ils appellent l'état de nature, et consentir tel contrat qui pût convenir à leurs intérêts, comme s'ils n'étaient gênés par aucune loi. De tels contrats, disent-ils, ne peuvent être protégés par des lois qu'ils offensent. Mais comme la bonne foi doit être gardée entre des parties qui se sont engagées réciproquement, il faudrait engager la partie qui refuse d'exécuter le pacte à fournir par équivalent ce que les lois ne permettraient pas d'exécuter en nature.

Toutes ces dangereuses doctrines, fondées sur des subtilités et subversives des maximes fondamentales, doivent disparaître devant la sainteté des lois.

Le maintien de l'ordre public dans une société est la loi suprême. Protéger des conventions contre cette loi, ce serait placer des volontés particulières au-dessus de la volonté générale, ce serait dissoudre l'Etat.

Quant aux conventions contraires aux bonnes mœurs, elles sont prosrites chez toutes les nations policées. Les bonnes mœurs ne peuvent suppléer les bonnes lois ; elles sont le véritable ciment de l'édifice social. Si on pouvait les blesser par des conventions, bientôt l'honnêteté publique ne serait plus qu'un vain nom, et toutes les idées d'honneur, de vertu, de justice, seraient remplacées par les lâches combinaisons de l'intérêt personnel et par les calculs du vice.

Pandectes françaises.—A l'égard des lois qui n'ont pour objet que l'intérêt privé des particuliers, il est permis à chacun de renoncer au droit introduit en sa faveur, et de faire sa condition plus mauvaise qu'elle ne le serait, s'il s'en tenait aux termes de la loi.

[ARTICLE 13.]

Il est facile de distinguer les lois d'ordre public de celles privées.—Toutes les lois qui intéressent la société entière prise collectivement, sont de droit public ; celles qui ne concernent que l'intérêt des particuliers sont de droit privé.

On désigne par ces expressions, *de bonnes mœurs*, ce qui est d'honnêteté publique. Ainsi il est contraire à l'honnêteté publique de stipuler que l'on ne sera pas garant du dol personnel ; mais celui qui en est l'objet peut en remettre la peine, car il ne fait que disposer de son droit personnel.

Mertin, R., v. dérogation, n. 2.—Ainsi, dans un contrat, on ne peut point déroger à la loi des prescriptions, pour donner à une obligation plus de durée que ne lui en donne la loi.

Toullier, t. 1, N. 103 et 104.—Cette maxime n'est pourtant pas sans exception. Par exemple, l'ordre des juridictions, ou la compétence des tribunaux, est de droit public. Cependant les particuliers soumis à la juridiction d'un tribunal ordinaire de première instance, peuvent se soumettre à être jugés par un autre ; c'est ce qu'on appelle proroger la juridiction.

Mais ils ne pourraient pas porter une affaire directement devant une cour d'appel, qui ne peut juger en premier ressort ; ni convenir que l'appel d'un tribunal de première instance serait porté devant une cour d'appel qui lui est étrangère, parcequ'ils ne peuvent donner à cette cour le pouvoir de réformer les jugements d'un tribunal qui n'est pas situé dans son ressort.

Duranton, t. 1, n. 110—Quant à ce qui n'est point l'objet d'une *loi impérative* ou *prohibitive* ; qui n'est pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ; qui n'intéresse en un mot, que les contractants, ceux-ci peuvent en faire la matière d'une convention particulière et déroger à la loi qui règle cet objet.

[ARTICLE 13.]

Sirey, C. C. sur art. 6 C. N. } 2. Est contraire aux bonnes mœurs ce } que l'opinion publique répute *illicite* pour tous, ou pour telles ou telles classes de personnes—30 Mai 1811, Turin. (S. 12. 2. 241 ; Coll. nouv. 3,—Dalloz. A. 10. 55).

3. La décision des juges, que telle convention est contraire aux bonnes mœurs, est une décision en point de fait qui ne donne pas ouverture à cassation.—11 Niv. an 9, Rej. (S. 1. 1. 386 ; C. n. 1. D. A. 12, 525).

4. La convention de ne pas requérir l'application d'une loi d'ordre public, quand cette convention concilie les intérêts de toutes les parties sans occasionner aucun résultat immoral, est-elle licite ?—*Arg. aff.* 13 Avril 1820, Rej. (S. 21. 1. 8 ; C. n. 6—D. A. 8, 563).

5. La règle qui ne permet pas d'acquiescer activement, en matière d'ordre public, n'empêche pas que passivement on n'encoure une déchéance—16 Juil. 1817, Rej. (S. 18. 1. 133 ; C. n. 5—D. A. 2. 491).

6. On ne peut, par des conventions particulières, déroger aux règles de compétence ; par exemple, attribuer à l'autorité administrative la connaissance de contestations que la loi soumet à la juridiction des tribunaux.—10 Juin 1829, Cons. d'Etat. (S. 29. 2. 357).—*Id.* 12 Avr. 1832, cons. d'Etat.) S. V. 32. 2. 463—D. P. 32. 3. 112).... *Sic*, Henrion de Pansey, *Aut. judic.*, ch. 21 ; Carré, *Comp. civ.*, t. 1, n^o 269) ; Cormenin, *V^o Baux admin.*, N^o 2 ; arrêts du cons. des 17 Nov. 1824 (Ouvrard) ; 13 Juil. (Lesage) et 17 Aout 1825 (Boyer) ; 11 Janvier 1833 (de Taverne) ; 30 Nov. 1834—(Des Grands-Champs.)

7. Jugé de même que la clause insérée dans un marché fait avec le gouvernement, et portant que les contestations seront jugées par des *arbitres*, n'est pas obligatoire, du moins pour le gouvernement—19 fév. 1823, Cons. d'Etat. (S. 24. 2. 144 ; Coll. nouv. 7).

8. Cependant, et bien que l'ordre des juridictions soit d'ordre

[ARTICLE 13.]

public, on peut y déroger par la prorogation de juridiction—Toullier N° 103—V. notes de l'art. 7 Cod. de proc.

9. Nous renvoyons à l'art. 900 C. C., les diverses solutions touchant les conditions contraires aux lois ou aux bonnes mœurs, renfermées dans les donations ou testaments ; et sous l'art. 1133, celles contenues dans les conventions et obligations.—V. aussi art. 1387 (Paris, 24 Avr. 1834).

* *C. L. 11.*—Les individus ne peuvent, par des conventions particulières, déroger aux lois qui sont faites pour le maintien de l'ordre public ou des mœurs ; mais ils peuvent, dans tous les cas où cela n'est pas défendu d'une manière expresse ou implicite, renoncer à ce que les lois établissent en leur faveur, lorsque cette renonciation ne blesse pas les droits d'autrui, et n'est pas contraire au bien public.

Id. 19.—Lorsque, pour prévenir la fraude ou par quelque autre raison de bien public, la loi déclare nuls certains actes, ses dispositions ne peuvent être éludées sur le fondement que l'on aurait rapporté la preuve que ces actes ne sont point frauduleux, et qu'ils ne sont pas contraires au bien public.

* *C. N. 6.*—On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.

[ARTICLE 14.]

14. Les lois prohibitives emportent nullité, quoiqu'elle n'y soit pas prononcée.	14. Prohibitive laws import nullity, although such nullity be not therein expressed.
--	--

* *Cod., Lib. 1, tit. 14, L. 5, de legibus.* } Non dubium est, in legem com-
mittere eum, qui verba legis am-
plexus, contra legis nititur voluntatem. Nec pœnas infertas
legibus evitabit, qui se contra *juris* sententiam sæva præroga-
tiva verborum fraudulenter excusat. Nullum enim pactum,
nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri vo-
lumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohiben-
te. Quod ad omnes etiam legum interpretationes tam veteres,
quam novellas trahi generaliter imperamus : ut legislatori
quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat : cœteraque,
quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere : hoc est,
ut ea, quæ lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum
inutilia, sed pro infectis etiam habeantur : licet legislator
fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit inutile esse
debere, quod factum est : sed et si quid fuerit subsecutum ex
eo, vel ob id, quod interdicente lege factum est, illud quo-
que cassum atque inutile esse præcipimus.

* *IToulier,* } Les auteurs enseignent même assez communé-
No. 90. } ment, et leur doctrine est conforme à la loi 5, C.
de legibus, 1, 14, que les lois prohibitives emportent la peine
de nullité, quoique cette peine n'y soit pas formellement ex-
primée et ils n'étendent pas cette maxime aux lois précepti-
ves. Cependant, aux yeux de la raison, les préceptes de la loi
ne semblent pas moins forts que ses défenses. Souvent môme
la différence des lois préceptives et prohibitives ne con-
siste que dans la texture des mots. Si l'on ne s'attachait
qu'à ce qui semblerait devoir être, il faudrait donc poser en
principe que tous les actes où les préceptes de la loi n'ont pas

[ARTICLE 14.]

été observés, sont nuls ou doivent être annulés, aussi bien que ceux qui sont contraires à ses prohibitions : autrement, la loi ne serait plus un précepte obligatoire : elle ne serait qu'un conseil ; elle serait imparfaite. Telle était à Rome, au rapport d'Ulpien, la loi Cincia, qui défendait de donner au-delà d'un certain taux, sans annuler la disposition qui excédait le taux fixé.

Mais la législation n'a encore été portée chez aucun peuple à un degré de perfection suffisant pour qu'on puisse y établir en principe que tous les actes où les préceptes de la loi n'ont pas été observés sont nuls. Aux lois rigoureusement nécessaires, tous les législateurs ont ajouté beaucoup de dispositions réglementaires, et l'expérience a fait sentir que l'équité naturelle serait blessée, si l'on prononçait la nullité de tous les actes où ces réglemens n'ont pas été observés. On a donc été contraint de distinguer, dans les lois, celles dont l'inobservation emporte ou n'emporte pas la peine de nullité.

* 1 *Bouhier, ch. 21*, } Si les lois ont pour fondement quelque
art. LXIII, p. 590. } cause publique ou politique, leur prohibition doit passer pour absolue ; en sorte qu'il n'est permis à aucun particulier d'y déroger, non pas même dans des contrats de mariage, quelques privilégiés qu'ils soient ; car c'est une règle inviolable, que *Juri publico privatorum pactis derogari non potest.*

* *C. L. 12.*—Les lois prohibitives emportent peine de nullité, quoique cette peine n'y soit pas formellement exprimée.

[ARTICLE 15 ET 16.]

15. La disposition qui prescrit qu'une chose se fera ou sera faite est obligatoire. Celle qui énonce qu'une chose peut se faire ou être faite est facultative seulement.

15. The word " shall " is to be construed as imperative, and the word " may " as permissive.

* *S. R. B. C., c. 1, s. 13. § 3.* } Chaque fois que, par un acte quelconque, il est prescrit qu'une chose sera faite, l'obligation de l'accomplir sera sous entendue ; mais lorsqu'il est dit qu'une chose pourra être faite, le pouvoir de l'accomplir sera facultatif.

16. Le recouvrement des pénalités, confiscations et amendes encourues pour contraventions aux lois, s'il n'y est autrement pourvu, se fait par action ordinaire portée au nom de Sa Majesté seulement ou conjointement avec un autre poursuivant, devant tout tribunal ayant juridiction civile au montant réclamé, excepté la cour des commissaires pour la décision sommaire des petites causes, à laquelle la connaissance de ces poursuites est interdite.

16. Penalties, confiscations and fines incurred for contraventions of the laws, are recoverable, unless it is otherwise specially provided, by ordinary process of law, in the name of Her Majesty, alone, or jointly with another prosecutor, before any court having civil jurisdiction to the amount sought to be recovered, except only the commissioners-courts for the summary trial of small causes, which are prohibited from taking cognizance of these cases

[ARTICLE 16.]

* S. R. C., c. 5, } Chaque fois qu'une pénalité pécuniaire ou confiscation est imposée pour
s. 6. § 17. }
contravention à un acte comme susdit,—telle pénalité ou confiscation, s'il n'a pas été prescrit d'autre mode d'en faire le recouvrement, sera alors recouvrable, avec les frais, par action ou procédure civile à la poursuite de la couronne seulement, ou de toute partie privée poursuivant, tant au nom de la couronne qu'en son propre nom, dans la forme voulue en pareille cas par la loi de cette partie de la province où l'action est intentée, devant toute cour ayant jurisdiction jusqu'à concurrence du montant de la pénalité dans les cas de simple contrat sur le témoignage d'un seul témoin digne de foi autre que le demandeur ou la partie intéressée; et s'il n'a pas été établi d'autres dispositions pour l'emploi de telle pénalité ou confiscation, moitié en appartiendra à la couronne et moitié à la partie privée, si aucune il y a; et s'il n'y en a pas, la totalité en appartiendra à la couronne.

* S. R. B. C., } La jurisdiction des Cours de commissaires
c., 94 s. 8. } ne s'étendra ni aux actions pour injures (*slander*), ou pour assaut ou batterie, ni à celles qui ont rapport à la paternité, à l'état civil des personnes en général, à la séduction, aux frais de gésine, ou à aucune amende et peine que ce soit.—7 V. c., 19. s. 4.

Voy. *St. de Q.* 31 *Vict. c. 7*, s. 7, cité sous art. 17.

[ARTICLE 17.]

17. Les mots, termes, expressions et dispositions énumérés en la cédula qui suit, chaque fois qu'ils se rencontrent dans ce code ou dans un acte de la législature provinciale, ont le sens, la signification et l'application qui leur sont respectivement assignés dans cette cédula, et sont interprétés en la manière y indiquée, à moins qu'il n'existe quelques dispositions particulières à ce contraires.

17. The words, terms, expressions and enactments enumerated in the following schedule wherever used in this code or in any act of the provincial legislature, have the meaning and application respectively assigned to them in such schedule, and are interpreted in the manner therein specified, unless there is some special enactment to the contrary.

St. de Q. 31 Vict. } Acte concernant l'interprétation des Sta-
 C. 7, } tuts de cette Province (sanctionné le 24 Fé-
 vrier 1868).

Sa Majesté, par et de l'avis et du consentement de la législature de Québec, décrète ce qui suit :

1. Cet acte s'applique à lui-même et à tous les autres actes de la législature de cette Province, excepté en autant que telle application répugne à l'objet, au contexte, ou à quelques-unes des dispositions de tels actes.

2. Sujet à la restriction qui précède :

Premièrement.—Les sections 1, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22 et 23 de la cédula de l'article 17 du code civil, s'appliquent à tous les actes de la législature de cette province ;

Secondement.—Les mots " parlement impérial " signifient le parlement du royaume-uni de la Grande Bretagne et d'Ir-

[ARTICLE 17.]

lande ; et les mots “ acte impérial ” ou “ statut impérial ” signifient une loi passée par ce parlement ;

Troisièmement.—Le mot “ provincial ” se rapporte à cette province ;

Quatrièmement.—Les mots “ gouverneur-général ” signifient le gouverneur-général du Canada, ou la personne administrant le gouvernement du Canada, à sa place ;

Cinquièmement.—Les mots “ lieutenant-gouverneur ” signifient le Lieutenant-Gouverneur de cette province, ou tout administrateur ou autre personne agissant à sa place ;

Sixièmement.—Les mots “ en conseil ” suivant les mots “ Gouverneur-Général ” signifient agissant de l'avis du conseil privé de la reine pour le Canada ; et suivant les mots “ lieutenant-gouverneur, ” ils signifient agissant de l'avis du conseil exécutif de cette province ;

Septièmement.—Le mot “ Canada ” signifie puissance du Canada ;

Huitièmement.—Les mots “ la Puissance ” signifient la puissance du Canada ;

Neuvièmement.—Les mots “ la législature ” signifient la législature de cette province ;

Dixièmement.—Les mots “ acte ” et “ statut ” signifient respectivement un acte ou statut de cette province ;

Onzièmement.—Le mot “ proclamation ” signifie proclamation sous le grand sceau ; et les mots “ grand sceau ” signifient grand sceau de cette province ;

Douzièmement.—Les mots “ le Code civil ” signifient le Code civil du Bas-Canada ; et les mots “ le Code de procédure civile ” signifient le code de procédure civile du Bas-Canada ;

Treizièmement.—Les mots “ imprimeur de la reine, ” ou “ imprimeur de Sa Majesté, ” signifient l'imprimeur dûment autorisé par le lieutenant-gouverneur en conseil à imprimer les lois de cette province ;

[ARTICLE 17.]

Quatorzièmement.—Le mot “ session ” signifie session de la législature de cette province ;

Quinzièmement.—Les mots “ le gouvernement ” ou “ le gouvernement exécutif ” signifient le lieutenant-gouverneur et le conseil exécutif de cette province ;

Seizièmement.—Les mots “ département du trésor ” signifient le département du trésorier de cette province ;

Dix-septièmement.—Les mots “ le département du secrétaire ” signifient le département du secrétaire et registraire de cette province ;

Dix-huitièmement.—Les mots “ le secrétaire de la province, ” ou “ le registraire de la province ” signifient le secrétaire et registraire de cette province ;

Dix-neuvièmement.—Les mots “ l'Union ” signifient l'union des provinces, effectuée le premier jour de Juillet mil huit cent soixante et sept, sous l'autorité de l'acte de l'Amérique Britannique du Nord, 1867 ;

Vingtièmement.—Les mots “ les officiers en loi, ” ou “ les officiers en loi de la couronne ” signifient le procureur-général et le solliciteur-général de cette province ;

Vingt et unièmement.—Les mots “ le département des terres de la Couronne ” signifient le département du commissaire des terres de la couronne de cette province ;

Vingt-deuxièmement.—Les mots “ département de l'agriculture, ” ou “ département des travaux publics, ” signifient le département du commissaire de l'agriculture et des travaux publics de cette province ;

Vingt-troisièmement.—Les mots désignant un département ou un officier public, se rapportent au département ou à l'officier de la même dénomination pour cette province ;

Vingt-quatrièmement.—Le mot “ caution ” veut dire caution suffisante, et une caution suffira, à moins que deux ou plusieurs ne soient expressément requises ;

[ARTICLE 17.]

Vingt-cinquièmement.—Le mot “ fête ” comprend les jours mentionnés dans l'article 2 du Code de Procédure Civile, le lundi de Pâques et le mercredi des cendres ; et le dit article 2 est amendé de manière à inclure les deux jours mentionnés en dernier lieu ;

Vingt-sixièmement.—Lorsque des formules sont prescrites, les déviations des dites formules, qui n'en affectent pas la substance ou qui ne sont pas de nature à induire en erreur, ne les rendront point nulles ;

Vingt-septièmement.—Toute formule abrégée de renvoi à tout acte ou à toute partie d'acte est suffisante, pourvu qu'elle soit intelligible ;

Vingt-huitièmement.—Les mots “ maintenant ” et “ prochain ” se rapportent au temps auquel l'acte est devenu en force ;

Vingt-neuvièmement.—Pour toutes fins de computation de délais, les mots “ session du parlement ” et “ session de la législature, ” mis dans tout acte passé soit avant ou après l'Union, comprennent la période de temps durant laquelle le parlement ou la législature siègent, en y faisant rentrer également le jour fixé par la proclamation pour l'ouverture et le jour de la prorogation ou dissolution du parlement ou de la législature.

Trentièmement.—Le mot “ commission, ” chaque fois qu'il se réfère à une commission déjà émise ou à être émise par le lieutenant-gouverneur en vertu d'aucune loi ou ordre en Conseil, signifie une commission sous le grand sceau et formulée au nom de la reine.

3. Nulle disposition légale n'est déclaratoire ou a un effet retroactif par la raison seule qu'elle est énoncée au présent du verbe.

4. Tout acte peut être amendé, modifié ou rappelé par tout autre acte passé dans la même session de la législature.

[ARTICLE 17.]

5. Nul acte n'affecte les droits de la couronne, à moins qu'ils ne soient expressément compris ; de même, aucun acte n'affecte les droits des tiers qui n'y sont pas spécialement mentionnés, à moins que cet acte ne soit un acte public et général.

6. Nonobstant l'article 10 du Code Civil, tout acte est public à moins qu'il n'ait été déclaré privé. Toute personne est tenue de prendre connaissance des actes publics, mais les actes privés doivent être plaidés.

7. Chaque fois qu'il n'a pas été prescrit d'autre mode pour le recouvrement d'une pénalité pécuniaire ou confiscation imposée par quelque acte, elle est recouvrable de la même manière que toute dette ordinaire d'un montant équivalent, et devant le même tribunal, à la poursuite de la couronne seulement, ou de toute partie privée, poursuivant tant au nom de la couronne qu'en son propre nom ; mais aucune Cour de Commissaires n'a juridiction en telles matières. S'il n'a pas été établi d'autres dispositisns pour l'emploi de telle pénalité, —moitié en appartient à la couronne et moitié à la partie privée poursuivant, s'il en existe, et s'il n'y en a pas, la totalité en appartient à la couronne.

8. Tous droits, pénalités, somme d'argent, ou produits de confiscations accordés à la Couronne en vertu de quelque acte, forment partie des fonds généraux de cette province, s'il n'existe pas de dispositions contraires, et il en sera rendu compte et disposé en conséquence.

9. Lorsqu'un acte prescrit l'emprisonnement d'une personne, tel emprisonnement, s'il n'est pas fixé d'autre place par la loi, a lieu dans la prison commune de la localité où l'ordre d'emprisonnement a été donné ; ou, s'il n'y a pas de prison dans cet endroit, dans la prison commune la plus voisine de cette localité.

[ARTICLE 17.]

10. Le Code Civil du Bas-Canada et le Code de procédure civile du Bas-Canada, tels qu'imprimés avant l'Union par l'imprimeur de la Reine de la ci-devant province du Canada, ont été, et sont en force de loi dans cette Province; et nul acte ou nulle disposition de la législature en aucune manière aura force à l'encontre de quelque'article de l'un ou de l'autre des dits codes, à moins que tel article n'ait été spécialement désigné dans tel acte.

Lorsque quelques-unes des dispositions d'une loi sont rappelés et que d'autres y sont substituées, les dispositions rappelées demeurent en opération, jusqu'à ce que les dispositions substituées viennent en force d'après la loi d'abrogation:

12. Tous actes, procédés, faits ou commencés, ou toutes choses faites ou commencées, et tous droits acquis en vertu de toute disposition d'une loi, peuvent être continués, complétés, mis à exécution et exercés en vertu de cette même disposition, nonobstant toute telle abrogation, à moins que la loi qui les abroge n'y pourvoie autrement.;

13. Le présent acte pourra être cité comme " l'Acte d'interprétation de Québec. "

CÉDULE.

1. Chacun des mots " Sa Majesté, " le Roi, " le Souverain, " la Reine, " la Couronne, " signifient le Roi ou la Reine, ses héritiers et successeurs, souverains du Royaume Uni de la Grande Bretagne et d'Irlande.

SCHEDULE.

1. Each of the expressions " Her Majesty, " the King, " the Sovereign, " The Queen, " the Crown, " means the King or the Queen, his or her heirs and successors, sovereigns of the United Kingdom of Great Britain and Ireland.

* S. R. C., c. 5, } Les mots Sa Majesté, " la Reine, " ou " la
s. 6, § 1 } Couronne, " signifient—Sa Majesté, ses héritiers et successeurs, Souverains du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande.

2. Les mots " Parlement Impérial " signifient le parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande; les mots " Actes " ou " Statuts Impériaux " signifient les lois passées par ce parlement, et les mots " acte, " " statut, " partout où ils sont employés dans ce code, sans qualification, s'entendent des actes et statuts du parlement de la province du Canada.

2. The words " imperial parliament " mean the parliament of the United Kingdom of Great-Britain and Ireland; the words " imperial acts or statutes " mean the laws passed by that parliament, and the words " act " and " statute " whenever they are made use of in this code without qualification, mean the acts and statutes of the parliament of Canada.

Voy. *St. de Q.* 31 Vict. c. 7. s. 2, § 2 et aussi § 10, cité sous art. 17.

[CÉDULE, 3.]

Par les mots "Parlement Provincial" l'on entend le parlement du Canada; et les mots "Actes" ou "Statuts Provinciaux" signifient les lois passées par ce parlement.	By the words "provincial parliament" is understood the parliament of Canada, and the words "provincial acts or statutes" mean the laws passed by that parliament.
---	--

Voy. St. de Q. c. 7, s. 2, § 3, cité sous art. 17.

3. Les mots "Gouverneur," "Gouverneur de cette province," "Gouverneur - Général," ou "Gouverneur en chef," signifient le Gouverneur, le lieutenant Gouverneur, ou la personne administrant le gouvernement de cette province.	3. The words "Governor," "Governor of this province," "Governor General," or "Governor in Chief," mean the Governor, lieutenant governor or the person administering the government of this province.
--	--

* *S. R. C., c. 5,* } Les mots "Gouverneur," "Gouverneur de
s. 6, § 2. } cette province," "Gouverneur-Général," ou
 "Gouverneur-en-chef," signifient—le Gouverneur, le lieutenant gouverneur, ou la personne administrant le Gouvernement de cette province.

Voy. St. de Q. c. 7, s. 2 § 4, et § 5 cité sous art. 17.

[CÉDULE, 4 ET 5]

4. “ Gouverneur en Conseil ” signifie le Gouverneur, le lieutenant gouverneur, ou la personne administrant le gouvernement, agissant avec l’avis du Conseil exécutif de cette province.	4. “ Governor in Council ” means the governor, lieutenant governor, or the person administering the government, acting with the advice of the executive council of this province.
---	---

* *S. R. C., c. 5,* } Les mots “ Gouverneur en conseil ” signi-
s. 6, § 3. } fient le gouverneur, le lieutenant gouverneur,
ou la personne administrant le gouvernement de cette province, agissant par et de l’avis du Conseil exécutif de la dite province.

Voy. *St. de Q. 31 Vict. c. 7, s. 2, § 6*, cité sous art. 17.

5. Le mot “ Proclamation ” signifie proclamation sous le grand sceau, et par “ grand sceau ” l’on entend le grand sceau de la province du Canada.	5. The word “ proclamation ” means proclamation under the great seal ; and by “ great seal ” the great seal of the province of Canada is understood.
---	--

* *S. R. B. C., c. 1,* } Le mot “ proclamation ” signifie proclama-
s. 13, § 6. } tion sous le grand sceau ; et l’expression
“ grand sceau ” signifie le grand sceau de la province du Canada.

Voy. *St. de Q. 31 Vict. c. 7. s. 2, § 11* cité sous art. 17.

[CÉDULE, 6 ET 7.]

6. “ Bas-Canada ” signifie cette partie du Canada qui formait, avant l’union, la Province du Bas-Canada ; et “ Haut-Canada ” cette partie qui, à la même époque, formait la province du Haut-Canada.

6. “ Lower Canada ” means all that part of the province of Canada which, previously to the union, constituted the province of Lower Canada ; and “ Upper Canada ” that part which, at the same time, constituted the province of Upper Canada.

* *S. R. C., c. 5, s. 6*, } § 4. Les mots “ Bas-Canada ” signifient
§ 4 et 5. } toute la partie de cette province qui constituait ci-devant la province du Bas-Canada.

§ 5. Les mots “ Haut-Canada ” signifient toute la partie de cette province qui constituait ci-devant la province du Haut-Canada.

7. Les mots “ le Royaume-Uni ” signifient le royaume-uni de la Grande Bretagne et d’Irlande ; et “ Etats Unis, ” les Etats-Unis d’Amérique.

7. The words “ the United Kingdom ” mean the United Kingdom of Great Britain and Ireland ; and “ The United States, ” the United States of America.

* *Ibid.*, § 6 } Les mots “ le Royaume-Uni ” signifient le
} royaume-uni de la Grande Bretagne et d’Irlande ; et les mots “ les Etats-Unis ” signifient les Etats-Unis d’Amérique.

[CÉDULE, 8 ET 9.]

8. Le nom communément donné à un pays, place, corps, corporation, société, officier, fonctionnaire, personne, partie ou chose, désigne et signifie le pays, la place, le corps, la corporation, la société, l'officier, le fonctionnaire, la personne, la partie ou la chose même, ainsi dénommés, sans qu'il soit besoin de plus ample description.

8. The name commonly given to a country, place, body, corporation, society, officer, functionary, person, party or thing, designates and means the country, place, body, corporation, society, officer, functionary, person, party or thing thus named, without the necessity of more ample description.

* *Ibid.*—; § 6 } Et généralement, le nom communément donné à toute contrée, place, corps, corporation, société, officier, fonctionnaire, personne, partie ou chose, signifie telle contrée, place, corps, corporation, société, officier, fonctionnaire, personne, partie ou chose, bien que ce nom n'en comporte pas la description formelle et étendue.

9. Le genre masculin comprend les deux sexes, à moins qu'il ne résulte du contexte de la disposition qu'elle n'est applicable qu'à l'un des deux.

9. The masculine gender includes both sexes, unless it appears by the context that it is only applicable to one of them.

* *Ibid.*, § 7 } Les mots comportant le nombre singulier ou le genre masculin seulement, comprennent plus d'une personne, partie ou chose de la même espèce, les hommes aussi bien que les femmes, les personnes du sexe masculin aussi bien que les personnes du sexe féminin, et *vice versa*

[CÉDULE, 10 11 ET 12.]

10. Le nombre singulier s'étend à plusieurs personnes ou à plusieurs choses de même espèce, chaque fois que le contexte se prête à cette extension.	10. The singular number extends to more than one person, or more than one thing of the same sort, whenever the context admits of such extension.
---	--

* *Ibid.* § 7.—Voyez *suprà* art. 9. de la Cédule.

11. Le mot "personne" comprend les corps politiques et incorporés et s'étend aux héritiers et représentants légaux, à moins que la loi ou les circonstances particulières du cas ne s'y opposent.	11. The word "person" includes bodies politic and corporate, and extends to heirs and legal representatives, unless such meaning is contrary to law or inconsistent with the particular circumstances of the case.
---	--

* *Ibid.* § 8. } Le mot "personne" signifie tout corps incorporé ou politique, ou partie, et les héritiers, exécuteurs, administrateurs ou autres représentants légaux de telle personne auxquels le contexte pourra s'appliquer d'après la loi de cette partie de la province à laquelle s'étendra ce contexte.

12. Les termes "écritures," "écrits" et autres ayant la même signification comprennent ce qui est imprimé ou autrement figuré ou copié.	12. The words "writing," "written," or terms of like import, include words printed or otherwise traced or copied.
---	---

* *Ibid.* § 9. } Les mots "écriture," "écrits," ou toute expression ayant la même signification, signifient les mots imprimés, peints, gravés, lithographiés, ou autrement tracés ou copiés.

[CÉDULE, 13.]

13. Par le mot “ mois ” on entend un mois de ca- lendrier.	}	13. The word “ month ” means a calendar month.
--	---	---

* *Ibid.* § 11. } Le mot “ mois ” signifie un mois de calen-
drier.

* *Story, Bills of Exch.* } By the law of England, a month means
No. 143 p. 172 } ordinarily, in common contracts, as in lea-
ses, a lunar month ; but in mercantile contracts, it means a
calendar month. A contract, therefore, made in England, for
a lease of land for twelve months, would mean a lease for forty
eight weeks only. A promissory note, to pay money in twel-
ve months, would mean in one year, or in twelve calendar
months. If a contract of either sort were required to be en-
forced in a foreign country, its true interpretation must be
every where the same that it is according to the usage in the
country where the contract was made.

* *Wharton's L. L.p.* 433 } The calendar month is also called,
vo. month. } usual, natural, civil, political... When
the word month occurs in any statute, it must be taken to
mean a lunar month unless calendar months are specified. The
month, by the common law, is but twenty eight days. A
twelve month, in the singular number, includes the whole
year, according to the calendar ; but twelve months, six
months, etc., in the plural number, shall be computed after
the rate of twenty-eight days to every month. The word
month may, indeed, mean lunar or calendar, according to
the intention of the contracting parties.

By the universal rule of the commercial world, a month is
deemed, in all cases of negotiable instruments, and indeed in
all commercial contracts, to be a calendar month.

[CEDULE, 14.]

14. Par " Jour de fête" l'on entend les jours suivants : les dimanches, le premier jour de l'an, l'Épiphanie, l'Annonciation, le Vendredi-Saint, l'Ascension, la Fête-Dieu, la Fête de St. Pierre et St. Paul, la Toussaint, le jour de Noël, et tout autre jour fixé par proclamation comme jour de jeûne ou d'actions de grâces ; sauf les dispositions établies par les statuts qui concernent la perception du revenu et le paiement des lettres de change et billets promissoires.	14. By " holidays " are understood the following days : Sundays, New years day, the Epiphany, the Annunciation, Good Friday, the Ascension, <i>Corpus Christi</i>, the festival of St. Peter and St. Paul, all Saints day, Christmas day and any other day fixed by proclamation as a day of general fast or thanksgiving ; saving the special provisions established by the statutes concerning the collection of the revenue and the payment of bills of exchange and promissory notes.
--	--

* S. R. C., c. 5, } " Le mot " jour de fête," signifie les diman-
 s. 6, § 12. } ches, le premier jour de l'an, l'Épiphanie, l'An-
 nonciation, le Vendredi-Saint, l'Ascension, la Fête-Dieu, le
 jour de la fête de St. Pierre et St. Paul, la Toussaint et le
 jour de Noël, et tout autre jour fixé par proclamation comme
 jour de jeûne ou d'actions de grâces générales.

* S. R. C., } Aucun jour ne sera observé comme jour de
 c. 16. s. 10. } fête publique par les officiers et personnes em-
 ployées à la perception et administration du revenu, si ce
 n'est le jour de Noël, le jour de l'an et le Vendredi-Saint de
 chaque année,—les jours fixés par proclamation du Gouver-
 neur comme jours de jeûne général, ou d'actions de grâces gé-
 nérales—les jours fixés pour la célébration de la naissance

[CÉDULE, 14.]

de Sa Majesté ou celle de ses successeurs royaux,—et tels autres jours que le gouverneur en conseil pourra de temps à autre fixer comme jours de fête.—8 *V. c.* 4, s. 9.

* *S. R. C.*, } Lorsque le jour qui autrement serait le der-
c. 57, s. 9. } nier jour de grâce pour le paiement d'une let-
 tre de change ou d'un billet, sera un dimanche ou un jour
 de fête légale, à l'endroit où cette lettre de change ou ce bil-
 let est payable dans le Haut ou le Bas-Canada respectivement,
 cette lettre de change ou ce billet sera payable, et les jours
 de grâce expireront le jour en suivant, si ce n'est pas un di-
 manche ou un jour de fête tel que plus haut mentionné, et
 non auparavant.—18 *V. c.* 10,—13, 14 *V. c.* 23, s. 5.

* *S. R. B. C.*, *c.* 64, } Le premier jour de l'an, ou jour de la
s. 32. } Circoncision, l'Epiphanie ou le douzième
 jour, le jour de l'Annonciation, le Vendredi-Saint, le jour de
 l'Ascension, la Fête-Dieu, la St. Pierre et la St. Paul, la Tous-
 saint, le jour de la Conception, et le jour de Noël, le jour an-
 niversaire ou le jour fixé pour célébrer la naissance de Notre
 Souveraine, et tout jour fixé par proclamation royale ou par
 proclamation du gouverneur-général, ou de la personne admi-
 nistrant le gouvernement de cette province, comme jour de
 jeûne solennel ou comme jour d'actions de grâces, seront
 considérés comme jours de fête dans le sens du présent acte,
 mais pas d'autres.—12 *V. c.* 22, s. 26.

Voy. St. de Q. 31 *Vict. c.* 7, s. 2, § 25, cité sous art. 17.

Code de proc. civ. B. C. art. 2. } Sont réputés jours non ju-
 } ridiques :

1. Les Dimanches.

2. Les fêtes de la Circoncision, de l'Epiphanie et de l'An-
 nonciation, le Vendredi-Saint, la fête de l'Ascension, la Fête-

[CÉDULE, 14.]

Dieu, les fêtes de St. Pierre et St. Paul, de la Toussaint, [de la Conception] et de Noël.

[3. L'anniversaire de la naissance du Souverain.]

4. Tout jour fixé par proclamation royale ou par proclamation du gouverneur comme jour de pénitence ou d'actions de grâces ; [mais tout bref d'assignation ou autre procédure qui avant telle proclamation, a été fait rapportable à un jour ainsi fixé, peut être rapporté le jour juridique suivant.]

15. Dans le mot "serment" est comprise "l'affirmation solennelle" qu'il est permis à certaines personnes de faire au lieu de serment.	15. The word "oath" includes the solemn affirmation which certain persons are permitted to make instead of an oath.
--	--

* *S. R. C., c. 5,* } Le mot "serment" est censé signifier une
s. 6, § 13. } affirmation solennelle chaque fois que le
 contexte de l'acte s'applique à une personne à laquelle et à
 un cas dans lequel une affirmation solennelle est permise au
 lieu du serment :—et dans tous les cas où il est prescrit
 qu'un serment ou une affirmation sera fait devant aucune
 personne ou officier, telle personne ou officier aura plein
 pouvoir et autorité de recevoir tel serment et affirmation, et
 certifier qu'ils ont été faits ; et tout énoncé qui, dans tel ser-
 ment ou affirmation, sera fait avec connaissance de cause
 contrairement à la vérité, constituera un parjure volontaire
 et de propos délibéré ; et tout exposé faux et volontaire dans
 une déclaration requise ou autorisée en vertu d'aucun acte
 comme susdit, constituera un délit (*misdemeanor*), punis-
 sable comme un parjure volontaire *et de propos délibéré*.

* *S. R. B. C., c. 34,* } Les gens, communément appelés Qua-
s. 8. } kres, qui résident dans le Bas-Canada, ne se-
 ront point tenus de prêter de serment, mais feront à la place-

[CÉDULE, 15.]

une affirmation solennelle, en la même forme et dans les mêmes mots dans lesquels il est ordonné qu'un serment soit administré, en biffant le mot *jure*, et en insérant à la place les mots, *déclare et affirme solennellement, sincèrement et véritablement*.—33 G. 3, c. 4, s. 1.

*S.R.B.C., c. 82, } Tout serment requis par tout acte, dans
s. 13. } lequel nulle mention n'est faite du nom du fonctionnaire public devant qui tel serment doit être prêté, ou tout serment rendu nécessaire, ou qui pourra être requis par le gouverneur, pour mettre à exécution les dispositions de tout acte de la législature, pourra être administré par et prêté devant tout juge de paix, ou tout commissaire nommé comme susdit dans leurs différentes juridictions respectives,—et tout tel serment déjà prêté devant et administré par l'un de ces mêmes fonctionnaires publics dans leurs différentes juridictions respectives, est déclaré valable à toutes fins et intentions quelconques.—22 V. (1858) c. 5, s. 45.

16. Le mot "magistrat" signifie juge de Paix. "Deux juges de Paix," signifient deux juges de paix ou plus assemblés ou agissant ensemble.

Lorsqu'il est ordonné qu'une chose se fera par ou devant un juge de paix, magistrat, fonctionnaire ou officier public, l'on doit entendre celui dont les pouvoirs ou la juridiction s'étendent au lieu ou se doit faire cette chose.

L'autorisation de faire une chose comporte tous les pouvoirs nécessaires à cette fin.

16. The word "magistrate" means a justice of the peace. "Two justices of the peace" means two or more justices sitting or acting together.

When any thing is ordered to be done by or before a justice of the peace, magistrate, functionary or public officer, one is understood whose powers or jurisdiction extend to the place where such thing ought to be done.

The authority given to do a thing, carries with it all the powers necessary for that purpose.

*S. R. C., c. 5, } Le mot "magistrat" signifie un juge de paix ;—
 s. 6, § 20 } les mots "deux juges de paix" signifient deux
 juges de paix ou plus, assemblés ou agissant ensemble ;— et
 s'il est prescrit qu'une chose sera faite par ou devant un ma-
 gistrat ou juge de paix, ou tout autre fonctionnaire ou offi-
 cier public, alors la dite chose sera faite par ou devant celui
 dont la juridiction ou les pouvoirs s'étendent au lieu où la dite
 chose doit être faite ;— et chaque fois qu'il est donné pou-
 voir à une personne, officier ou fonctionnaire, de faire ou
 faire faire aucun acte ou chose, tous ces pouvoirs sont cen-
 sés donnés avec l'étendue nécessaire pour mettre la dite per-
 sonne, officier ou fonctionnaire en état de faire ou faire faire
 le dit acte ou chose.

[CÉDULE, 16, 17 ET 18.]

2 *Dwarris, ch. 13,* } Where a statute gives power to the jus-
 p. 767. } tices to require any person "to take the
 oaths," or do any other thing, the law, by necessary impli-
 cation, gives them power to issue their precept to convene
 the parties; "for when the law granteth any thing to any
 one, *that* also is granted without which the thing itself can-
 not be, and it is against the office of the justices, and the au-
 thority given them by the law, that they shall go and seek
 the parties." (12 Rep. 130, 131).

17. Le droit de nomina- tion à un emploi ou office comporte celui de destitu- tion.	17. The right of nomi- nating to an office or em- ployment carries with it that of removal.
--	--

* *S. R. C., c. 5,* } Les mots autorisant la nomination d'un
 s. 6, § 22. } officier ou fonctionnaire public ou d'aucun
 député, seront censés comprendre le pouvoir de le déplacer,
 le nommer de nouveau, ou le remplacer par un autre, à la
 discrétion de l'autorité revêtue du pouvoir de faire les nomi-
 nations.

18. Les devoirs imposés et les pouvoirs conférés à un officier ou fonctionnai- re public sous son nom of- ficiel, passent à son succes- seur et s'étendent à son député, en autant qu'ils sont compatibles avec cette charge.	18. The duties imposed and the powers conferred upon an officier or public functionary, in his official capacity, pass to his suc- cessor, and pertain to his deputy in so far as they are compatible with the char- ge of the latter.
---	--

[CÉDULE, 18 ET 19.]

* *Ibid.*, § 23. } Les mots par lesquels il est donné ordre ou pouvoir à un officier ou fonctionnaire public de faire un acte ou chose, ou qui s'applique à lui de toute autre manière, sous son titre officiel, comprendront ses successeurs en office, ou son ou ses députés légaux.

* *S. R. B. C.*, c. 77, } Il sera nommé de temps à autre un
s. 16. } greffier de la dite Cour qui en sera le greffier pour toutes les matières qui sont du ressort de sa juridiction comme cour d'appel et de pourvoi pour erreur—lequel sera désigné sous le nom de “Greffier des Appels,” et le dit greffier résidera soit dans la cité de Québec, soit dans la cité de Montréal ; et il nommera par un instrument revêtu de de son seing et sceau, un député qui sera tenu de résider dans celle des dites cités ou le dit greffier n'est pas lui-même domicilié ; et tel député est autorisé par le présent à remplir les fonctions du greffier des appels, et continuera à les remplir, avenant le décès, la destitution, suspension ou résignation du dit greffier, jusqu'à ce qu'il lui ait été nommé un successeur dans la dite charge ; et l'acte de nomination du dit député-greffier sera inséré tout au long dans le Registre de la cour ; mais le dit greffier pourra déplacer son député, et en nommer un autre à sa place. 12, V. c. 37, s. 12, voir 13, 14 V. c. 37, s. 7, et 20 V. c. 44, s. 136.

19. Lorsqu'un acte doit être exécuté par plus de deux personnes, il peut l'être valablement par la majorité de ces personnes, sauf les cas particuliers d'exception.

19. When an act is to be performed by more than two persons, it may be validly done by the majority of them, except in the cases otherwise specially provided.

[CÉDULE, 19 ET 20.]

* *S. R. C., c. 5,* } Les mots par lesquels toute association ou
s. 6, § 24 } nombre de personnes sont constituées en une
 corporation ou corps politique ou incorporé, seront interpré-
 tés de manière à donner à telle corporation le droit de pour-
 suivre et d'être poursuivie, de s'obliger et d'obliger les autres
 en son nom collectif, d'avoir un sceau commun, de le modi-
 fier ou changer à volonté, d'avoir succession perpétuelle et
 de pouvoir acquérir et posséder des meubles ou biens mobi-
 liers pour les fins de la corporation, et de les aliéner à volon-
 té; et aussi comme ayant l'effet d'autoriser la majorité des
 membres de la corporation à obliger les autres par leurs ac-
 tes; et aussi comme exemptant les membres de la cor-
 poration individuellement de toute responsabilité person-
 nelle pour ses dettes, obligations ou actes, pourvu qu'ils
 ne contreviennent pas aux dispositions de l'acte d'incor-
 poration; mais il ne sera permis à aucune corporation de
 faire le commerce de banque, à moins que tel pouvoir ne lui
 soit expressément conféré par l'acte constituant la corpora-
 tion.

* *S. R. B. C., c. 1,* } Quand un acte quelconque, ou une chose
s. 13, § 5. } doit être accomplie par plus de deux person-
 nes, la majorité de ces personnes pourra l'accomplir.

20. La livre sterling équivaut à la somme de quatre piastres quatre-vingt-six centins et deux tiers, ou un louis quatre chelins et quatre deniers, argent courant. Le "souverain" vaut la même somme.	20. The pound sterling is equivalent to the sum of four dollars, eighty-six cents and two thirds, or one pound, four shillings and four pence, currency. The "sovereign" is of like value.
---	--

[CÉDULE, 20]

**S. R. C., c. 15,* } La livre sterling sera censée équivalente
s. 4. } à un louis quatre chelins et quatre deniers,
 —ou quatre piastres, quatre vingt six centins et deux tiers
 d'un centin, monnaie courante ;—et tout souverain britanni-
 que ayant le poids fixé par la loi, aura cours et pourra être
 offert légalement pour cette somme ; et les autres monnaies
 d'or du royaume-uni, tant qu'elles conserveront le poids lé-
 gal, passeront et pourront légalement être offertes pour des
 sommes équivalentes en monnaie courante à leur valeur en
 sterling, suivant la proportion susdite.—16 V. c. 158, s. 4.

**S. R. B. C., c. 82,* } Le mot “ sterling, ” chaque fois qu'il est
s. 1, § 3. } employé dans un acte en vigueur dans le
 Bas-Canada, relativement à l'administration de la justice, se-
 ra censé, relativement à toute poursuite ou action commen-
 cée après le quatorze de juin, mil huit cent cinquante trois,
 et par rapport à toutes procédures y relatives, avoir le sens
 que l'acte concernant le cours monétaire, chapitre quinze
 des statuts refondus du Canada, a attaché audit mot, savoir :
 dans toute somme mentionnée en tel acte, chaque livre ster-
 ling sera censée égale à une livre quatre chelins et quatre
 deniers courant, ou quatre piastres quatre-vingt six centins
 et deux tiers ; 12 V. c. 38, s. 91,—16 V. c. 158, s. 4.

[CEDULE, 21, 22 ET 23.]

21. Par les mots "habitant du Bas-Canada," on entend toute personne qui a son domicile dans cette partie de la province.

21. By the terms "inhabitant of Lower Canada" is meant a person having his domicile in that part of the province.

22. Les termes "actes de l'état civil" signifient les entrées faites sur les registres tenus d'après la loi, aux fins de constater les naissances, mariages et sépultures.

22. The terms "acts of civil status" mean the entries made in the registers kept according to law, to establish births, marriages and burials.

Les "Registres de l'état civil" sont les livres ainsi tenus et dans lesquels sont entrés ces actes.

"Registers of civil status" are the books so kept and in which such acts are entered.

Les "Fonctionnaires de l'état civil" sont ceux chargés de tenir tels registres.

"Officers of civil status" are those intrusted with the keeping of" such registers.

23. "La faillite" est l'état d'un commerçant qui a cessé ses paiements.

23. "By bankruptcy, is meant the condition of a trader who has discontinued his payments.

* 2 *Bornier*, } *La faillite ou banqueroute*.—Il y a différence
 p. 666. } entre faillite et banqueroute. La faillite est,
 quand un négociant n'a payé à l'échéance les lettres de change qu'il a acceptées ; qu'il n'a pas rendu l'argent à ceux à qui il a fourni des lettres qui sont revenues à protêt, et qu'elles lui ont été dénoncées ; qu'il n'a pas payé ses billets au terme,

[CÉDULE, 23.]

à cause de l'impuissance dans laquelle les disgrâces qui lui sont survenues, l'ont réduit, ou à cause que ses effets ne sont pas exigibles, et qu'il ne les peut retirer dans le temps qu'il a demandé à ses créanciers, lesquels reconnaissant sa bonne foi lui donnent un délai pour les satisfaire : cela s'appelle faillir ou manquer, parce que la réputation et le crédit du négociant diminuent : mais cela ne le note d'aucune infamie. La banqueroute est lorsqu'un négociant fait perdre malicieusement à ses créanciers ce qu'il leur doit, et qu'il leur fait cession et abandonnement de ses biens. Il y a encore cette différence entre un négociant qui a fait faillite par malheur pour avoir perdu tout son bien, par la perte des vaisseaux, par la faute de ses débiteurs, par celle de ses associés, ou par un incendie arrivé fortuitement, et qui par ces accidens et par sa pauvreté fait perdre à ses créanciers la plus grande partie de ce qui leur est dû ; et celui qui détourne ses effets malicieusement, emporte le bien de ses créanciers, et ensuite leur en fait cession et abandonnement pour en profiter à leur préjudice.

* 7 *Guyot Rép. V. faillite* } *Faillite.*—C'est l'état dans lequel se
 p. 273. } trouve un marchand, banquier ou négociant, dont les affaires sont tellement dérangées, qu'il est dans l'impossibilité de remplir les engagemens qu'il a contractés, et d'acquitter les sommes dont il s'est rendu débiteur

La faillite diffère de la banqueroute, en ce que celle-ci a sa cause dans la mauvaise foi du débiteur, et que l'autre peut être une suite des pertes qu'il a faites et des accidens qui lui sont arrivés.

* *Bonin, Comm. de la Lég. Commer.,* } “ Quelque soit l'actif d'un
 sur art. 437, *C. de Com. No. 726.* } commerçant, fût-il dix fois
 au-dessus de son passif, s'il cesse de payer, il est en faillite.
 Au contraire, s'il est exact dans ses paiemens, si, par un cré-

[CÉDULE, 23.]

dit, toujours soutenu, il fait constamment honneur à ses engagements, *dût-il dix fois plus qu'il ne possède, il n'est pas en état de faillite.*" Ainsi donc, l'insolvabilité n'est pas la *cause nécessaire* de la faillite.

La faillite c'est *la perte du crédit*, c'est la cessation générale des paiemens.

* 5 *Pardessus, Dr.* } On appelle *faillite*, la cessation de paye-
Comm. No. 1091. } mens d'un commerçant. S'il s'est rendu
coupable d'imprudence, de faute ou de dol, on donne à sa
faillite le nom de *banqueroute* simple, ou frauduleuse.

Lorsqu'après avoir failli, un débiteur paye intégralement à tous ses créanciers ce qu'il leur devait, en capital, intérêts et frais, il peut être réintégré dans les droits que la faillite lui avait fait perdre : c'est ce qu'on nomme *réhabilitation*.

Lorsqu'un débiteur, après avoir éprouvé un embarras momentané, reprend ses payemens, sans avoir été déclaré en faillite par l'autorité compétente, cette situation a produit ce qu'on peut appeler une *suspension de payements*.

La faillite est exclusivement l'état d'un commerçant qui a cessé des payemens : si le même événement survient à un non-commerçant, il prend le nom de *déconfiture*.

* I *Delvincourt, Institutes* } Dans le commerce, on appelle en
du Dr. Comm. p. 242. } général *faillite*, la cessation des paie-
mens.

La banqueroute est la cessation des paiemens, par faute grave ou par fraude de la part du failli. Ainsi tout banqueroutier est failli ; mais tout failli ; n'est pas banqueroutier.

Abbott, act of } Persons unable to meet their liabilities, have
1864, p. 15. E. } been divided into two or more classes both in
England and France—the distinction between them having
relation either to their occupations, or to their conduct.

In England the broad distinction between an insolvent and a Bankrupt was that the latter was a trader, while the former generally was not. The degree of the relief to which these classes were respectively entitled was different also, the Bankrupt being as a rule capable of obtaining a discharge from his debts, while the insolvent could only receive protection from process. In consequence of these distinctions the words Bankrupt and insolvent had a precise technical signification, and conveyed very different ideas, although the laws applicable to both differed only in detail, except as to the relief which the debtor could obtain for himself. The Bankruptcy act of 1861, seems however to have abolished the insolvent courts, and to have made every one amenable to a system to which the term Bankruptcy is applied.

The word "insolvent" therefore is not used in this act in the sense it had acquired in England, but corresponds with the English word Bankrupt in its more modern meaning.

In France the inability of a person to meet his engagements might be described as *déconfiture*, or as *faillite*, and the *faillite* under certain circumstances became *banqueroute*.

A state of *déconfiture*—which is synonymous with *insolvabilité* (Nouv. Dénizart, Vo Déconfiture) is described, by the law of Lower Canada, as existing "*quand les biens du débiteur, tant meubles qu'immeubles, ne suffisent aux créanciers apparents*" (*Cout de Paris. art. 180.*)

But in France, the mere stoppage of payment by a trader causes *faillite*.—And the question whether his assets if realised, would meet his engagements or not, is of no importance. "*La faillite est un état de cessation de paiements, ou pour cause d'insolvabilité réelle ou pour cause d'embarras dans les affaires. Celui qui cesse ces paiements dans le langage du commerce, (says Boulay—Paty) est en état de faillite pour ses créanciers. Peu importe que d'ailleurs il puisse être solvable : sitôt qu'il n'acquitte plus ses obliga-*

[CÉDULE, 23.]

“ tions commerciales il faillit à ses engagements, et sa conduite, comme commerçant doit être examinée.” Boulay Paty, Tit. 1, sec. 1.

But the word Bankruptcy, (*banqueroute*) under the french system still conveys the meaning which it originally possessed in England.—Namely, that the misfortune of the debtor is not unaccompanied by a greater or less degree of culpability. “ La Banqueroute est l'état de tout commerçant failli contre lequel s'élèvent des faits d'inconduite, d'imprudence ou de fraude.” 3 Bédarride, No 1202. Nouv. Den. Vo. Banqueroute; Jousse, Ord. 1673, p. 149.

But while these or similar distinctions have prevailed in France for several centuries, and are familiar to every lawyer, they are not recognized as law in Lower Canada. Any person, whether a trader or non-trader, may fall into a state of *déconfiture*, or actual and absolute insolvability; but the stoppage of payment has no legal effect, except a circumstance which may create a presumption of the insufficiency of a debtor's assets, and thereby aid in establishing his insolvability.

In the present act the words “ insolvent ” and “ insolvency ” are used in a similar sense to the words “ Bankrupt ” and “ Bankruptcy ” in England, and to the words “ failli ” and “ faillite ” in France. It is not necessary that a debtor should be actually *en déconfiture*, to bring him within the purview of the act. It is sufficient if by any of the acts or defaults specified in the law, he satisfies its conditions; and except in one particular case, the question whether or no his assets will finally pay his debts in full or not, is not material. But under this act, as in England, no distinction exists between what would be called in France *faillite and banqueroute*, except in so far as the facts constituting the latter state, may operate to prevent the insolvent from obtaining his discharge, or retard him in so doing.

24. Le cas fortuit est un évènement imprévu causé par une force majeure à laquelle il était impossible de résister.	24. A fortuitous event is one which is unforeseen, and caused by superior force which it was impossible to resist.
---	--

<i>ff Lib. 50, Tit. 8, L. 2, § 7. de adm. rer.</i>	Fortuitos casus nullum humanum consilium providere potest.
--	--

3, <i>Mertin, Rép., vbo., Cas, § 7 p. 368.</i>	“Cas fortuits.” On donne ce nom à des évènements occasionnés par une force majeure qu'on ne peut pas prévoir, et à laquelle on ne peut pas résister. Tels sont les débordements, les naufrages, les incendies, le tonnerre, etc.
--	--

<i>Denisart (ancien), vbo., Cas.</i>	“Cas fortuits”. On nomme <i>cas fortuits</i> des évènements imprévus et causés par une force majeure, à laquelle on n'aurait même pu résister, quand on les aurait prévus; comme les débordements, les orages, etc.
--------------------------------------	---

LIVRE PREMIER	BOOK FIRST.
DES PERSONNES.	OF PERSONS.
TITRE PREMIER.	TITLE FIRST.
DE LA JOUISSANCE ET DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS.	OF THE ENJOYMENT AND LOSS OF CIVIL RIGHTS.
CHAPITRE PREMIER.	CHAPTER FIRST.
DE LA JOUISSANCE DES DROITS CIVILS.	OF THE ENJOYMENT OF CIVIL RIGHTS.

RAPPORT de MM. les Commissaires. } Le droit civil a deux objets, les personnes et les biens. Les lois relatives aux personnes règlent leur état et leur capacité. C'est par celles-là qu'il convenait de commencer et aussi forment-elles le premier livre de ce code ; dans les autres livres l'on s'occupe des biens et des différentes manières de les acquérir.

Ce premier livre expose comment l'on acquiert et l'on perd les droits civils ; comment on constate l'état qu'ils constituent, le lieu où ils s'exercent, les droits et devoirs de famille et enfin les droits ou incapacités résultant de la faiblesse de l'âge, du dérangement de l'esprit, de la prodigalité et de l'état d'incorporation.

De là la division de ce livre en onze titres, comme suit :

1^o. De la jouissance et de la privation des droits civils ; 2^o. Des actes de l'état civil ; 3^o. Du domicile ; 4^o. Des absents ; 5^o. Du mariage ; 6^o. De la séparation de corps ; 7^o. De la filiation ; 8^o. De la puissance paternelle ; 9^o. De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation ; 10^o. De la majorité, de l'interdiction, de la curatelle et du conseil judiciaire ; 11^o. Des corporations.

Ce premier livre au Code Napoléon se compose du même nombre de titres, parmi lesquels sont compris le 6e, du divorce, et le 8e, de l'adoption, qui ne font pas partie du nôtre ; ils y sont remplacés par le 6e, de la séparation de corps, et par le 11e, des corporations.

Ces titres se subdivisent en chapitres et en sections, ainsi qu'en articles auxquels l'on a donné un numérotage particulier, qui n'est que temporaire et sera remplacé plus tard par un autre établissant une série complète et suivie pour tout le code.

TITRE PREMIER.

DE LA JOUISSANCE ET DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS.

Comme l'indique sa rubrique, ce titre se divise naturellement en deux parties, chacune desquelles forme un chapitre distinct : l'un traitant de la jouissance, et l'autre de la privation des droits civils.

CHAPITRE I.

DE LA JOUISSANCE DES DROITS CIVILS.

Tout sujet britannique jouit, dans le Bas-Canada, de tous les droits civils, à l'exception de ceux qui, d'après les lois sur le domicile, ne peuvent être exercés que par les domiciliés, (18).

Cette règle entraîne comme conséquence la nécessité de distinguer ceux qui sont sujets de ceux qui ne le sont pas, et partant; de déterminer de quelles manières s'acquiert cette qualité et comment se perdent les avantages qu'elle confère.

Elle s'acquiert de deux manières, par la naissance ou par la loi (19) ; par la naissance, pour celui qui naît sur le territoire anglais, même d'un père étranger, ou hors de ce territoire, pourvu que le père ou l'aïeul paternel soit sujet britan-

que (20) ;—par la loi, pour celui qui, étant étranger, se conforme aux conditions quelle prescrit (21), lesquelles sont énumérées dans les articles 22 et 23, qui résument les dispositions de nos statuts sur le sujet de la naturalisation.

Les articles 19, 20, 21, 22, 23, qui déterminent de quelle manière s'acquiert la qualité de sujet, ont donné lieu à quelques discussions entre les Commissaires, en soulevant la question de savoir si, dans les codes projetés, l'on doit insérer les dispositions qui ne sont en force ici que parce qu'elles procèdent des lois générales ou particulières de l'empire, et sur lesquelles la législature provinciale ne peut exercer aucun contrôle.

D'une part, il est prétendu que les lois à codifier sont exclusivement celles sur lesquelles le parlement provincial a le pouvoir de législater, et que, partant, l'on doit éliminer du code toutes celles procédant ou faisant partie du droit impérial. La prétention d'autre part est que la codification ordonnée doit s'étendre à toutes les espèces ou catégories de lois en force dans la province, pourvu qu'elles se rapportent aux matières civiles, de quelque source qu'elles proviennent, et que l'objection ne vaudrait que dans le cas où il serait proposé de rappeler ou d'altérer ces lois, ce à quoi l'on a jamais songé, mais est sans valeur pour le cas où, comme dans le présent, l'on se borne à énoncer leur existence.

Le résultat des discussions a été l'adoption des articles par deux des commissaires, et un dissentiment exprimé par le troisième, ainsi que le constate le rapport spécial qui se trouve en fin du présent signé de M. le Commissaire Day, relatif aux articles en question et à quelques autres sur lesquels il n'y a pas eu unanimité.

Les articles 21, 22 et 23 ayant indiqué de quelle manière s'acquiert la naturalisation, l'article 24 en fait connaître les effets; elle confère à celui qui l'obtient tous les droits dont jouissent les sujets de naissance.

Les articles 25, 26, 27, 28 et 29, fondés sur nos statuts provinciaux, sont relatifs aux étrangers qui n'ont pas été naturalisés.

L'article 25 leur permet d'acquérir et de transmettre à titre gratuit ou onéreux, ainsi que par succession ou testament, tous biens meubles et immeubles dans le Bas-Canada, sans aucune restriction. Cette disposition est plus libérale que ne l'était l'ancien droit français, et plus même que le droit nouveau, qui n'accorde à l'étranger, en France, que les droits dont le Français jouit dans le pays de cet étranger.

L'article 26 permet à l'étranger de servir comme juré dans les cas où le jury doit être composé, pour moitié, d'étrangers. Dans tous les autres cas, ce droit lui est interdit.

L'article 27 déclare qu'il est justiciable des tribunaux de la province pour les obligations contractées même hors de son territoire.

L'article 28 lui permet de poursuivre, devant les mêmes tribunaux, tout habitant du Bas-Canada, qui est obligé envers lui, en quelque lieu que cette obligation ait été contractée ; mais d'après l'article 29 toute personne qui ne réside pas dans le Bas-Canada et qui y intente une poursuite, est tenue de donner caution pour la sûreté du paiement des frais.

CHAPITRE II.

DE LA PERTE DES DROITS CIVILS.

Deux causes font perdre la jouissance des droits civils : l'abdication de la qualité de sujet britannique et la mort civile (30). (*)

(*) MM. les Commissaires avaient proposé deux articles ainsi conçus :

I. Les droits civils se perdent ; — 1o. Par l'abdication de la qualité de sujet britannique ; — 2o. Par la mort civile.

II. L'on abdique la qualité de sujet britannique ; — 1o. En se faisant naturaliser en pays étranger ; — 2o. En s'absentant volontairement, et for-

SECTION I.

DE L'ABDICATION DE LA QUALITÉ DE SUJET BRITANNIQUE.

La section II ci-après expose les règles relatives à la mort civile. Quant à l'abdication, elle résulte ou s'infère de la naturalisation acquise en pays étranger, ou de l'absence volontaire sans esprit de retour, à moins que ce ne soit pour des fins de commerce, auquel cas l'esprit de retour est toujours présumé.

L'objection déjà faite aux articles 19, 20, 21, 22, 23 est également applicable aux deux qui précèdent. On leur fait en outre le reproche de n'être pas fondés en droit.

L'un des Commissaires est d'avis que, d'après la loi anglaise applicable au cas, l'allégeance étant inaliénable, la qualité de sujet britannique ne se peut abdiquer.

Après discussion, la majorité des Commissaires a cru que, pour les raisons déjà données, les articles devraient être retenus, étant nécessaires et conformes à la loi. Cette majorité pense que l'allégeance est inaliénable dans ce sens, que sans le consentement du souverain à qui elle est due, le sujet ne peut s'y soustraire légalement ; que si, cependant, sans ce consentement, il abdique son pays et en adopte un autre, en se soumettant à une autre allégeance, il ne perd pas pour cela sa première qualité de sujet, de manière à se libérer des obligations qu'elle lui imposait ; mais en se mettant de lui-même hors d'état de remplir ses devoirs de sujet, il forfait les droits attachés à cette qualité, comme l'équivalent des devoirs qu'elle lui imposait.

mant, en pays étranger, un établissement autre que de commerce, sans esprit de retour.

La Législature a cru devoir réduire ces deux articles en un seul, beaucoup plus général, qui est l'article 30.

Les remarques de MM. les Commissaires au sujet de ces deux articles, antérieures à ce changement par la législature, doivent donc s'interpréter comme applicables à l'article 30.

Cette doctrine, fondée sur le droit anglais et également suivie en France, est résumée dans l'article 17 du Code Napoléon, et établie, dans l'un comme dans l'autre droit, par les autorités citées en marge.

(Droit anglais.) 1 Blacks. 370, note (3).—2 Stephen, 425, (ou 377).—14 et 15, Henry 8th, c. 4.—1 Petersd, 463 (ou 321).—2 Tomlins, L. D. vo. Treason, § 2.—Foster, 84.—1 Burge, 707-8. 1 Blacks. 374, note (21).—Chalmer's Op. 681 et suiv.—2 Kent, p. 50. (Droit français) Richer, 15, 52.—Pothier, Successions, 10.—Personnes, 585-6. Int. Cout. No. 34.—1 Loisel, §86-7.—1 Bacquet Droit d'aubaine, p. 117.—1 Favard, 61.—1 Toullier, p. 142.

SECTION II.

DE LA MORT CIVILE.

La mort civile, dont il s'agit en l'article 30, résulte de deux causes : 1^o de la condamnation à certaines peines afflictives (31); 2^o. de la profession religieuse spécifiée en l'article (34). *

Les condamnations qui emportent mort civile sont celles qui prononcent la peine de mort, et celles qui infligent à perpétuité une peine afflictive quelconque ; c'est ce que décident les articles 31, 32 et 33, conformes au droit anglais et au droit français antérieur au Code Napoléon, qui, sous ce rapport, a innové à la loi ancienne, en faisant résulter la mort civile, d'abord, de la condamnation à la mort naturelle (Art. 23), et aussi de la condamnation aux peines afflictives perpétuelles auxquelles *la loi aurait attaché cet effet* (Art. 24). La mort civile a même été entièrement abolie en France depuis le code, qui l'avait déjà beaucoup mitigée.

Quant à la profession religieuse, elle n'est pas mentionnée au Code Napoléon pour la raison qu'elle avait été abolie en France, où, cependant, elle avait existé de temps immémorial avec la mort civile pour conséquence.

(*) La législature a changé cette rédaction en en éliminant le second Paragraphe, pour l'incorporer avec l'article 34.

Tous les auteurs et toutes les décisions s'accordent sur ce point. S'il y a divergence d'opinion, ce n'est que sur la question de savoir si l'on pouvait dispenser des vœux une fois faits, et quel était l'effet de ces dispenses.

Cette profession religieuse n'était pas particulière à la France ; elle a existé également en Angleterre, jusqu'à la réforme ; et là aussi elle avait la mort civile pour résultat, ainsi que l'établissent les autorités anglaises et françaises qui se trouvent en marge.

(Autorités françaises), Richer, 16, 546, et suiv. Pothier, mariage, No. 264 Guyot Rep. Vo. mort civile, p. 634.—Pothier, Int. Cout No. 28.—*Ibid*, Personnes, p. 585-7. Paris, 337.—Ord. de 1743, sur main-mortes. [Autorités anglaises,] 2. Blackstone, 121.—1 Blackstone 132-3—1 Steph. 136, 132, 133, 240, 245,—1 Tomlins, Vo. death.—Coke on Litt. 132*a*, 132*b*, 133.—7 Comyn's Dig. Profess. 184.

L'un des Commissaires est cependant d'avis que la profession religieuse n'existe plus légalement dans la province, du moins de manière à produire la mort civile ; que la cession du pays l'a abolie, en mettant fin à l'état de choses auquel elle devait son existence ; que, d'ailleurs, elle est contraire aux lois d'ordre public et incompatible avec certains droits civils et religieux appartenant également à toutes les classes de la population. Pour ces raisons exposées au rapport spécial dont il a déjà été question, le présent article 34 et le second paragraphe de l'article 31 (*), ne sont adoptés que par deux des Commissaires.

Ils sont d'avis que, quelle qu'ait été, dans le principe, l'origine et la source de la loi sur le sujet, il suffit, pour qu'elle soit en force dans la province, de constater qu'elle a été ad-

(*) L'art. proposé par MM. les Commissaires était ainsi conçu : La profession religieuse qu'emporte la mort civile, est celle qui est faite volontairement, par vœux solennels et à perpétuité, par une personne ayant atteint l'âge requis, avec les formalités voulues, dans un ordre religieux reconnu et approuvé.

Voy. note sur art 31 *suprà*.

mise et exécutée en France jusqu'à son abolition en 1789, comme faisant partie du droit civil ; que comme telle, elle a été introduite dans le Canada, lors de son établissement, et que depuis elle y a été suivie et pratiquée constamment, tant avant que depuis la cession du pays, laquelle, loin de l'abolir par implication ou autrement, a, au contraire, donné lieu à des traités et à des dispositions législatives qui, accordant aux habitants du pays l'exercice libre de leur religion et la jouissance de leurs lois civiles, ont par là même confirmé et continué l'existence de celle en question, laquelle fait partie des unes et est intimement liée avec l'autre.

Ils pensent, enfin, que si cette loi était contraire aux intérêts généraux de la province, et incompatible avec les droits d'une partie de la population, ce ne serait pas par simple implication résultant de ses inconvénients, qu'elle pourrait être abolie, mais seulement par une disposition expresse de l'autorité compétente, dont il n'existe aucune trace.

SECTION III.

DES EFFETS DE LA MORT CIVILE.

Les articles 35, 36 et 37, énoncent les effets résultant de la mort civile.

Celle qui procède de la condamnation judiciaire emporte la perte des biens du condamné, lesquels sont confisqués au profit du souverain (35).

C'est la règle du droit anglais, qui est conforme à l'ancien droit français.

Le Code Napoléon (Art. 25) transfère les biens aux héritiers du condamné. Cette règle est plus libérale et plus juste envers la famille, mais l'autre est plus conforme au droit reconnu du souverain ; et sur une matière qui, comme celle-ci, est intimement liée avec le droit public, les Commissaires se contentent de soumettre la loi telle qu'elle existe, sans en suggérer le changement.

Les autres effets de la mort civile, de quelque cause qu'elle procède, sont énumérés en l'art. 36, divisé en huit paragraphes, qui tous exposent la loi actuellement en force, laquelle diffère, sous certains rapports, de celle adoptée par le code.

D'après les deux systèmes, la personne morte civilement ne peut recueillir ni transmettre à titre de succession, § 1^o. ; elle ne peut être ni tuteur ni curateur, § 3^o. ; ni témoin aux actes solennels ou dans les cours de justice, ni servir comme juré, § 4^o. ; le mariage qu'elle contracterait n'aurait pas les effets civils, § 6^o.

Les différences entre les deux systèmes sont les suivantes :

D'après l'ancien droit, le mort civilement ne peut ni disposer ni acquérir à quelque titre que ce soit, ni contracter, ni posséder ; il peut seulement recevoir des aliments, § 2^o.

D'après le nouveau droit (Art. 25, § 3) il ne peut à la vérité disposer de ses biens par donation entrevifs ni par testament, ni recevoir à ce titre, si ce n'est des aliments ; mais il lui est loisible de vendre, acheter, échanger et faire tous actes ou contrats qui résultent du droit naturel et du droit des gens.

Cette doctrine est conforme au droit romain, mais elle n'était pas suivie en France, comme l'attestent Pothier, (*Des Personnes*, p. 587,) Richer et plusieurs autres.

Les Commissaires croient devoir s'en tenir à l'ancienne règle qu'ils préfèrent comme plus d'accord avec les principes applicables au sujet.

La personne morte civilement, suivant la loi actuelle, ne peut procéder en justice, ni en demandant ni en défendant, § 5^o. Le code (Art. 25, § 6,) lui permet de le faire au moyen d'un curateur. En cela il y a introduction de droit nouveau, inutile dans notre système, d'après lequel le mort civilement n'existe plus comme personne.

Par notre droit, le mariage contracté avant la mort civile encourue, cesse après d'avoir aucun effet civil, mais le lien en subsiste toujours, § 7^o. Suivant le code, le lien même du

mariage est dissout (Art. 25, § 8). Cette règle pouvait être admise dans un système où le divorce existait, mais ne peut l'être avec le nôtre, qui ne le comprend pas.

Quand aux droits et actions que peuvent exercer l'époux et les héritiers du mort civilement, ils sont ceux que leur permet la mort naturelle, y compris même les gains de survie lorsqu'ils ont été clairement stipulés, lesquels d'après le Code Napoléon (art. 25, § 9), sont toujours ouverts par la mort civile.

Les effets de la mort civile ayant été indiqués dans les deux articles précédents, il fallait déterminer de quelle époque elle est encourue ; c'est ce que fait l'article 37 qui décide que pour celle résultant d'une condamnation judiciaire, elle prend effet à compter de la sentence qui l'a prononcée, et pour celle qui provient de la profession religieuse, de l'émission des vœux solennels qui la constitue.

Sur ce dernier point, omis au Code Napoléon qui n'admet pas la profession religieuse, il n'y a pas de difficulté ; les autorités au bas de l'article sont précises et uniformes ; mais sur la première partie de l'article il y a divergence d'opinion.

Le Code Napoléon (Art. 26) fait encourir la mort civile, non pas à compter de la prononciation de la sentence, mais bien à compter de l'exécution de cette sentence.

Quelques auteurs prétendent qu'en cela il n'y a pas introduction de droit nouveau, que c'était la règle en France même avant le code, et ils citent quelques arrêts qui paraîtraient l'avoir ainsi décidé.

Cependant Richer qui traite la question *ex professo*, après avoir exposé les avis et raisons de part et d'autre, émet comme sa propre opinion, que c'est la prononciation même de la sentence définitive, et non son exécution qui fait encourir la mort civile.

Cette opinion a été adoptée dans l'article sous considération, non-seulement parcequ'elle est regardée comme étant

la règle de l'ancien droit français, mais surtout parce qu'elle est celle du droit anglais qui doit être notre guide sur un sujet si étroitement lié avec le droit criminel que l'est la mort civile.

Un article, proposé d'abord en imitation de l'article 32 du Code Napoléon, a depuis été omis. La prescription qu'il admet, toute conforme qu'elle soit au droit romain, n'existe pas suivant la loi anglaise, à laquelle, sous ce rapport encore, nous devons nous conformer.

La discussion des articles qui précèdent a suggéré que l'on devait se prononcer sur l'effet du pardon accordé à la personne qui a encouru la mort civile, quoique le Code Napoléon ne s'en explique pas.

C'est sous cette impression qu'a été préparé et soumis l'article 38, qui déclare que le pardon, la libération, la remise de la peine ou sa commutation en une autre qui n'emporte pas la mort civile, rétablissent bien le condamné dans ses droits pour l'avenir, mais n'ont d'effet rétroactif qu'en autant qu'un acte du parlement l'aurait déclaré.

La doctrine émise dans cet article est conforme au droit français et au droit anglais, et est reconnue par nos statuts provinciaux ainsi que l'établissent les citations en marge.

[Droit franc.,] Richer, 47-48, 519 à 524.—6 Pothier, personnes, 595, et suiv.—1 Merlin, Vo. abolition, p. 28 et suiv.—1 Maleville, 55. 2 Pand. Franc. 232-233. [Droit anglais,] 1 Steph. 136, 435, 468, 497.—Bacon's abrid. pardon.—1 Hawk. P. C. B. II, ch. 37, ss. 48, 54.—1 Hale P. C. 358.—13 Petersd. 80, note.—4 Blacks. 402,—1 Leach C. L. 454-5.—1 Chitty, C. L. 776-777—Dearsley, 82-3—(Droit Provinc.) S. R. C. c. 99, sec. 112-3—Rochon vs. Leduc, 1 L. C. Jurist. 252.

RAPPORT spécial
de M. le Commis-
saire Day.

} Je n'ai pu concourir dans l'adoption de
tous les articles transmis avec le rap-
port sur le premier livre du Code, et
je crois de mon devoir de soumettre
un mémoire des objections auxquelles
plusieurs de ces articles me paraissent
donner lieu.

Conformément au procédé que les Commissaires ont jugé à propos de suivre, je m'abstiens de toute discussion au soutien des objections et je me borne à énoncer les propositions générales sur lesquelles ces objections reposent.

TITRE PREMIER.—DE LA JOUISSANCE ET DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS.—Les articles 19, 20, 21, 23, qui déclarent quelles personnes sont sujets britanniques, me paraissent inadmissibles, en autant qu'ils traitent d'une classe de droits qui sont réglés par le droit général de l'Empire et ne peuvent être contrôlés par nos lois locales.

Je suis d'opinion que la codification ne doit comprendre aucune catégorie de lois ou règles sur lesquelles le Parlement Provincial ne peut législater, et que tous les articles qui peuvent être exposés à cette objection doivent être écartés. (Acte pour la codif. des Lois, S. R. B. C. ch. 21, s. 14.)

Ces articles (voy. *suprà* note sur art. 30) ont rapport à la perte des droits civils par l'abdication de la qualité de sujet britannique, et l'objection faite à ces articles est fondée sur la raison énoncée plus haut et aussi sur le motif spécifique d'erreur sur le droit.

Je suis d'opinion que l'allégeance, suivant les lois d'Angleterre, est inaliénable, et que ces lois n'admettent pas l'abdication ou abandon de la qualité de sujet britannique.

(Coke's Inst. 133—Blaxland, Princ. of Engl. Law 212, 214—3 Hag. Rep. 374—Stanley vs. Berne—3 Rob. Rep. 99—8 T. R. 41.)—

Le dernier paragraphe de l'article 17, (voyez *suprà* note sur art. 31) les articles 35, 36, 37 du même titre et tous les

[ARTICLE 18]

articles du chap. 5 du second titre, concernent la profession religieuse, comme emportant la mort civile.

Ces articles ne se trouvent pas dans le Code Napoléon, mais on les prétend basés sur les anciennes lois françaises. Ces lois cependant, d'après des jurisconsultes français distingués, ne sont pas sur ce point sans controverse. Il y a, sans aucun doute, des différences essentielles entre la mort civile qui résulte d'une condamnation judiciaire et les disqualifications que des lois spéciales ou la discipline ecclésiastique ont attachées de temps à autre à la profession religieuse.

Mon objection à ces articles est fondée sur la proposition suivante : C'est que tout le corps de droit sur la matière en question dépendait de la connexion qui existait en France entre une Eglise nationale exclusive et l'Etat, et que du moment que cette connexion a cessé par le changement de Souverain, ce droit a cessé en même temps.

De plus, ces articles sont, je pense, incompatibles avec les lois d'ordre public en force en cette province, et avec certains droits importants tant civils que religieux qui sont également l'apanage de toutes les classes de la population.

Merlin, Rép. Vo. Mort civile, § 1 art. 1.—*Ibid*, Vo. Usufruit. § 5, Art. 1 No. 3.—*Ibid*, Vo. Succession, Sect. 1, § 2, art. 2, No 2.—Merlin, Quest. vo. Mariage, § 5.—Richer, mort civ., 717, 750, 813, 814, 817, 871, 872.—Pothier, Mariage, Nos. 21, 108, 117.—1 Blackst. 133.—Rousset, Codif. des lois, p. 24, No- 1 et suiv.

18. Tout sujet britannique est, quant à la jouissance des droits civils dans le Bas-Canada, sur le même pied que ceux qui y sont nés, sauf les dispositions particulières résultant du domicile.	18. Every British subject is, as regards the enjoyment of civil rights in Lower-Canada, on the same footing as those born therein, saving the special rules relating to domicile.
---	--

[ARTICLE 18]

* *Capitulation de Québec*, } Articles de capitulation demandée
 18 Sept. 1759. } par M. de Ramsay, lieutenant pour
 le Roi, commandant les Haute et Basse-villes de Québec, chef
 de l'ordre militaire de St. Louis, à Son Excellence le Général
 des Troupes de Sa Majesté Britannique " La capitulation de-
 mandée de l'autre part, a été accordée par Son Excellence
 l'Amiral Saunders, et Son Excellence le Général Townsend,
 etc., etc., de la manière et condition exprimée ci-dessous.

11. Que les habitans soient conservés dans la possession
 de leurs maisons, biens, effets et privilèges—Accordé, en met-
 tant bas les armes. "

* *Traité de paix de St. Germain*, } La cession du Canada à la
 10 Février 1763. } Couronne de la Grande-Bre-
 tagne.

Sa Majesté très Chrétienne renonce à toutes prétentions
 qu'elle a jusqu'ici formées, ou pourrait former, sur la Nou-
 velle-Ecosse ou Acadie, dans toutes ses parties, et en garantit
 le tout et toutes ses dépendances, au Roi de la Grande-Bre-
 tagne.

De plus, Sa Majesté très Chrétienne cède et garantit à Sa
 dite Majesté Britannique, en plein droit, le Canada, avec
 toutes ses dépendances, ainsi que l'isle de Cap Breton et
 toutes les autres isles et côtes dans le golfe et le fleuve St.
 Laurent, et en général tout ce qui dépend des dits pays, terres,
 isles et côtes, avec la souveraineté, propriété, possession, et
 tous droits acquis par traité ou autrement que le Roi très
 Chrétien et la Couronne de France ont eu jusqu'à présent sur
 les dits pays, isles, terres, places, côtes, et leurs habitans, de
 sorte que le Roi très Chrétien cède et transporte le tout au
 dits Roi et Couronne de la Grande-Bretagne, et cela de la
 manière et forme les plus amples, sans restriction, et sans
 pouvoir s'écarter de la dite garantie, sous aucun prétexte, ou

[ARTICLE 18]

de pouvoir troubler la Grande-Bretagne dans les possessions sus-mentionnées.

Sa Majesté Britannique, de son côté, consent d'accorder la liberté de la religion catholique aux habitans du Canada. Elle donnera en conséquence les ordres les plus efficaces, que ses nouveaux sujets catholiques Romains puissent professer le culte de leur religion selon les rites de l'Eglise de Rome, autant que les lois d'Angleterre le permettent.

Sa majesté Britannique consent de plus, que les habitans français ou autres, qui avaient été sujets du Roi très Chrétien en Canada, puissent se retirer en toute sûreté et liberté, où ils jugeront à propos ; qu'ils vendent leurs biens, pourvu que ce soit à des sujets de Sa Majesté Britannique ; et qu'ils emportent leurs effets avec eux, sans être restreints dans leur émigration, sous aucun prétexte quelconque, à l'exception de celui des dettes ou de poursuites criminelles ; le terme limité pour cette émigration sera fixé à l'espace de dix-huit mois, à compter de l'échange de la ratification du présent traité.

C. N., 7. } L'exercice des droits civils est indépendant de la
 } qualité de citoyen, laquelle ne s'acquiert et ne se
 conserve que conformément à la loi constitutionnelle.

Id. 8. } Tout Français jouira des droits civils.

[ARTICLE 19 ET 20]

19. La qualité de sujet britannique s'acquiert soit par droit de naissance, soit par l'effet de la loi.	19. The quality of British subject is acquired either by right of birth, or by operation of law.
---	--

Voyez les autorités citées sous les art. 18 et 20.

[ARTICLE 20]

20. Est sujet britannique par droit de naissance tout individu qui naît dans une partie quelconque de l'empire britannique, même d'un père étranger, et aussi celui dont le père ou l'aïeul paternel est sujet britannique, quoique né lui-même en pays étranger ; sauf les dispositions exceptionnelles résultant des lois particulières de l'empire.	20. A person born in any part of the British empire, even of an alien, is a british subject by right of birth, as also is he whose father or grand father by the father's side is a british subject, although he be himself born in a foreign country ; saving the exceptions resulting from special laws of the empire.
--	--

Voy. autorités citées sous article 22.

* S. R. C., } “ Acte concernant la naturalisation des aubains ”
 c. 8. } Sec. 1.—Tout aubain résidant en aucune partie de cette province, immédiatement avant le 18e jour de Janvier, 1849 ; ou qui, en aucun temps après, sera venu ou vient résider dans quelque partie de la province dans la vue de s'y établir, et qui après un séjour non interrompu de 3 années ou plus, prête les serments ou affirmations de résidence et allégeance, (ou le serment ou affirmation de résidence seule-

[ARTICLE 20]

ment, si c'est une femme,) et les fait déposer comme ci-après mentionné, de manière à lui donner droit à un certificat de naturalisation, tel que ci-après prescrit, transmettra et possèdera, à compter de ce moment, tous les droits et privilèges que peut avoir ou transmettre un sujet né de Sa Majesté. 12 Vic. c. 197, s. 4 et 22 V. c. 1.

Sec. 2.—Tout tel aubain, pour avoir droit au bénéfice de cet acte, prêtera et souscrira le serment de résidence suivant, ou s'il est une des personnes auxquelles les lois de cette province permettent d'affirmer dans les affaires judiciaires, il fera une affirmation de la même teneur, savoir : *Serment de résidence* : “ Je, A. B., jure (ou étant une des personnes auxquelles la loi permet d'affirmer dans les affaires judiciaires affirme,) que j'ai résidé pendant trois années en cette province dans le but de m'y établir, sans avoir pendant ce temps résidé d'une manière permanente en pays étranger. Ainsi, Dieu me soit en aide.”

2. Et tout tel aubain, si c'est un homme, pour avoir droit au bénéfice de cet acte, prêtera et souscrira aussi le serment d'allégeance suivant, (ou s'il est une de ces personnes auxquelles les lois de cette province permettent d'affirmer dans les affaires judiciaires, fera une affirmation dans le même sens,) savoir : serment d'allégeance “ Je, A. B., promets sincèrement et jure (ou, étant une des personnes auxquelles la loi permet d'affirmer dans les affaires judiciaires, affirme) que je serai fidèle et conserverai vraie allégeance à Sa Majesté la Reine Victoria, Souveraine légitime du royaume-uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande, et de la province du Canada, comme dépendant du royaume-uni, et à lui appartenant ; que je la défendrai au meilleur de mon pouvoir, contre toutes conspirations traîtresses et attentats quelconques qui pourraient être tramés contre sa personne, sa couronne et sa dignité ; et que je ferai mes plus grands efforts pour découvrir

[ARTICLE 20.]

et faire connaître à Sa Majesté, ses Héritiers et Successeurs, toutes trahisons et conspirations traîtresses et attentats que je saurai exister contre elle ou aucun d'Eux ; et je jure tout cela sans équivoque, restriction mentale ou réserve secrète, renonçant à tous pardons et dispenses de toutes personne ou personnes à ce contraires. Ainsi, Dieu me soit en aide."

3. Et chaque semblable serment ou affirmation sera prêté et souscrit par le dit aubain, et lui sera dûment administré par un juge de paix, ou autre personne ayant *ex-officio* les pouvoirs et autorité d'un juge de paix dans la cité, ville, paroisse, village ou township dans lequel tel aubain réside, lequel dit juge de paix, ou personne ayant tel pouvoir comme susdit, accordera alors au dit aubain un certificat de résidence, mentionnant que tel aubain a prêté et souscrit le dit serment ou affirmation, et (si tel est le cas) que tel juge de paix ou personne a tout lieu de croire que le dit aubain a ainsi résidé en cette province, pendant l'espace de trois années ou plus ; qu'il est une personne jouissant d'une bonne réputation ; et qu'au meilleur de la connaissance de tel juge de paix ou personne, il n'existe aucune raison de refuser au dit aubain les droits et privilèges d'un sujet né britannique. 12 V. c. 197, s. 5, et 22 V. c. 1.

Sec. 3.—Le dit aubain pourra présenter le certificat de résidence obtenu du dit juge de paix ou autre personne comme susdit, à la cour des sessions de quartier de la paix, ou à la cour du recorder du comté ou de la cité dans la juridiction de laquelle il réside dans le Haut Canada, ou à la cour de circuit pour le circuit dans les limites duquel il réside dans le Bas-Canada, cour tenante, le premier jour de quelque session générale ; et il sera alors du devoir de telle cour de le faire lire publiquement dans la dite cour ; et si, dans l'intervalle, les faits mentionnés dans le dit certificat de résidence ne sont pas contestés, ou s'il n'est pas fait objection valide à la naturalisation de tel aubain, la dite cour, le dernier jour de telle

[ARTICLE 20]

session générale, ordonnera que le dit certificat de résidence soit déposé dans la dite cour et alors le dit aubain sera en conséquence admis à la jouissance et possession de tous les droits et privilèges d'un sujet né britannique, à toutes fins et intentions quelconques, comme s'il était né en cette province. 12 V. c. 197, s. 6.

Sec. 4.—Toute telle personne aura dès lors droit de recevoir un certificat de naturalisation, sous le sceau de la dite cour, et sous la signature du greffier de cette cour, attestant qu'elle s'est conformée aux différentes exigences de cet acte.

Sec. 7.—Toute femme mariée à un sujet né britannique, ou à une personne naturalisée sous l'autorité de la présente loi, ou d'aucune autre loi de cette province, ou de l'une ou de l'autre des ci-devant provinces du Bas ou du Haut Canada, sera censée et considérée être elle-même naturalisée, et avoir tous les droits et privilèges d'un sujet-né britannique. 12 V. c. 197, s. 10.

Consultez 31 Vic., c. 76.

* *Pothier, Des personnes,* } Les citoyens, les vrais et naturels
Tit. 2, sec. 1, p. 573. } Français, suivant la définition de
 Bacquet, sont ceux qui sont nés dans nos Colonies, ou même dans des pays étrangers, comme en Turquie et en Afrique, où nous avons des établissemens pour la commodité de notre commerce.

Des enfans nés dans un pays étranger, d'un père Français, qui n'a pas établi son domicile dans ce pays, ni perdu l'esprit de retour, sont aussi Français : à plus forte raison, celui qui serait né en pleine mer de parens français, doit-il être Français.

Quid de ceux qui sont nés dans des provinces qui ont été réunies à la couronne, ou qui en ont été démembrées ; ou qui ayant été conquises, ont été rendues par un traité de paix ;

[ARTICLE 20]

Il est certain que, lorsqu'une province est réunie à la couronne, ses habitans doivent être regardés comme Français naturels, soit qu'ils y soient nés avant ou après la réunion. Il y a même lieu de penser que les étrangers, qui seraient établis dans ces provinces, et y auraient obtenu, suivant les lois qui y sont établies, les droits de citoyen, devraient après la réunion être considérés comme citoyens, ainsi que les habitans originaires de ces provinces, ou du moins comme des étrangers naturalisés en France.

Lorsque au contraire une province est démembrée de la couronne ; lorsqu'un pays conquis est rendu par le traité de paix, les habitans changent de domination. De citoyens qu'ils étaient devenus au moment de la conquête, ou depuis la conquête, s'ils sont nés avant la réunion, de citoyens qu'ils étaient par leur naissance, jusqu'au temps du démembrement de la province, ils deviennent étrangers.

* 1 *Duranton*, } Sont Français par droit de naissance
n. 120. } ceux qui sont nés en France, ou chez l'étranger, d'un Français qui n'a point perdu cette qualité (art. 10). L'on considère comme Français l'étranger naturalisé. Ses enfans nés depuis sa naturalisation sont Français. Les autres ne le sont pas, à moins qu'ils ne soient compris dans les lettres de naturalisation, et à l'égard des mineurs on le suppose facilement.

* *Lahaie sur art.* } “ Tout enfant né d'un Français en
10, *C. N.* } pays étranger est Français. Tout enfant né en pays étranger d'un Français qui aurait perdu la qualité de Français, pourra toujours recouvrer cette qualité en remplissant les formalités prescrites par l'art 9. ”

ff. L. 1, Tit. 5, l. 19, de Stat. hom.—Cum legitimæ nuptiæ factæ sint, patrem liberi sequuntur ; vulgo quæsitus, matrem sequitur.

Ibid. l. 24.—Lex naturæ hæc est, ut qui nascitur sine legiti-

[ARTICLE 20]

mo matrimonio matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducit.

Delvincourt, t. 1, note 2 de la p. 14.—L'enfant né, c'est-à-dire conçu. Si donc l'époque de la conception peut se rapporter à un temps antérieur à celui où le père a perdu la qualité de Français, le fils est Français de plein droit, d'après la maxime que " infans conceptus pro nato habetur, quoties de ejus commodis agitur." Mais comment déterminer l'époque de la conception. L'art 315 donne sur ce point une règle sûre.

Rolland de Villargues, v. droits civils, n. 7.—*Quid*, si l'enfant est né d'une Française et d'un père inconnu ? Il est Français. L'enfant illégitime suit la condition de sa mère.

* *Paillet, Manuel* } Un décret du 26 Aout 1811, est ainsi conçu : Art. 1er. Aucun Français ne peut être
 p. 23. } naturalisé en pays étranger sans notre autorisation—...4. Les enfans d'un Français naturalisé en pays étranger, et qui sont nés dans ce pays, sont étrangers. Ils pourront recouvrer la qualité de Français en remplissant les formalités prescrites par les articles 9 et 18 du code civil. Néanmoins, ils recueilleront les successions, et exerceront tous les droits qui seront ouverts à leur profit pendant leur minorité et dans les 10 ans qui suivront leur majorité accomplie.—5. Les Français naturalisés en pays étranger, même avec notre autorisation ne pourront jamais porter les armes contre la France, sous peine d'être traduits devant nos cours, et condamnés aux peines portées au code pénal, liv. 3, art 75 et suiv.—6. Tout Français naturalisé en pays étranger sans notre autorisation, encourra la perte de ses biens, qui seront confisqués ; il n'aura plus le droit de succéder et toutes les successions qui viendront à lui échoir passeront à celui qui est appelé après lui à les recueillir, pourvu qu'il soit régnicole.

[ARTICLE 20]

* 1 *Blackstone, Book 1,* } The first and most obvious division
ch. 10, p. 366. } of the people is into aliens and natural-born subjects.

Natural-born subjects are such as are born within the dominions of the crown of England ; that is within the ligeance, or as it is generally called, the allegiance of the King : and aliens such as are born out of it. Allegiance is the tie, or *ligamen*, which binds the subject to the King, in return for that protection which the King affords the subject.

When I say that an alien is one who is born out of the King's dominion, or allegiance this must be understood with some restrictions. The common law indeed stood absolutely so, with only a very few exceptions.

Id. p. 373-374. } But by several more modern statutes,
 } (7 Ann, c. 5 ; 4 Geo. II, c. 21, and 13 Geo
 3. c. 21) these restrictions are still farther taken of : so that all children, born out of the King's ligeance, whose *fathers* (or *grand fathers* by the father's side) were natural-born subjects, are now deemed to be natural-born subjects themselves, to all intents and purposes unless their said ancestors were attainted or banished beyond sea, for high treason ; or were at the birth of such children in the service of a prince at enmity with Great-Britain.

* 2 *Kent's Comm. Part. 4,* } Natives are all persons born with-
sec. 25, p. 39. } in the jurisdiction of the United States.

Id. p. 41. } When an old Government is dissolved and a
 } new one formed " all the writers agree " said
 Chs. J. McKean, " that none are subjects of the adopted Government who have not freely assented to it. " The same principle was declared by the Supreme Court of New-York, in *Jackson v. White*, 20 *Johns. Rep.* 313.

[ARTICLE 20]

Id. p. 42. } To create allegiance by birth, the party must
 } be born, not only within the territory, but with
 in the ligeance of the Government. If a portion of a
 country be taken and held by conquest in war, the conqueror
 acquires the rights of the conquered as to its dominion and
 Government, and children born in the armies of a state while
 abroad in the allegiance of the sovereign to whom the army
 belongs. It is equally the doctrine of the English common
 law, that during such hostile occupation of a territory, and
 the parents be adhering to the enemy as subjects *de facto*,
 their children born under such a temporary dominion, are
 not born under the ligeance of the conquered.

* 2 *Setphens, Comm. Bk., 4* } The distinction between a na-
part. 1, ch. 2, p. 393. } tural-born subject and a stran-
 ger-born, or alien, is not confined to the doctrine of al-
 legiance, there being between them this additional and not
 less important difference, that the former is entitled to the
 full benefit and protection of our laws, and the latter, on the
 other hand, subject to some civil disabilities. But the capa-
 city of an alien may be enlarged by his becoming a citizen
 or being naturalised.

All persons born within the dominions of the crown ; that
 is, either within the United Kingdom, or the territories the-
 reto belonging, fall within this description. And this ex-
 tends even to the children of aliens, if their parents were
 not at the time in enmity with our Sovereign. But if a man
 be born within the realm, of parents who are alien enemies
 (as may be the case in the time of foreign invasion), or be
 born of whatever parents in a country not parcel of the Bri-
 tish dominions, even though belonging to the Sovereign, he
 is at common law, and subject to the exceptions to be pre-
 sently noticed, an alien. And it accordingly became neces-

[ARTICLE 20]

sary, after the restoration, to pass a particular act of parliament, "for the naturalisation of children of His Majesty's English subjects born in foreign countries during the late troubles" (Stat. 29 Car. 2, c. 6). This state of the law is founded on a general principle, that every man owes natural allegiance where he is born, and cannot owe two such allegiances, or serve two masters at once. Such was the state of the common law on this subject, but it has been materially altered by statute. For to encourage foreign commerce it was enacted, by Stat. 25 Edw. 3, st. 2, that all children born abroad, provided *both* (Doe. v. Jones, 4 T. R. 300) their parents were, at the time of their birth, in allegiance to the King, and the mother had passed the seas by her husband's consent, might inherit as if born in England; and accordingly it hath been so adjudged on behalf of merchants; and by several modern statutes (7 Ann, c. 5; 4 Geo. 2, c. 21; 13 Geo. 3, c. 21) the restriction of the common law is still farther relaxed; so that all children born out of the Queen's ligeance, whose *fathers* or *grand'fathers* by the father's side were natural-born subjects are now deemed to be natural-born subjects themselves, to all intents and purposes, unless their said ancestors at the time of the birth of such children were attainted of treason, or were liable to the penalties of treason or felony in case of returning into the United Kingdom without licence, or were in the actual service of a prince at enmity with the crown of this realm. But the grand children are in no case enabled by these statutes to claim any estate or interest, unless the claim be made within five years after the same shall accrue; and there is no provision made in them in respect of a descent from any other ancestor than those above specified. By a recent statute, however, viz. by 7 and 8 Vict., ch. 66, it is now farther enacted, that every person born out of Her Majesty's dominions, of a mother being a natural-born subject of the Uni-

[ARTICLE 20.]

ted Kingdom, shall be capable of taking to him, his heirs, executors or administrators, any estate real or personal, by devise or purchase, or inheritance or succession. These explanations will suffice to give a precise idea of what is intended in our law by the term of a natural-born subject.

* *Chalmers Opinions*, } There is however but little in our
p. 662, § 17, part II. } law books, as hath been already inti-
 mated, of naturalisation by conquest ; for slow is the pro-
 gress of jurisprudence as a science ; yet was it said, “ if the
 king of England make a new conquest, the persons there
 born are his subjects ; but if it be taken from him again,
 the persons there born, afterwards (after being conquered)
 are aliens (Dyer, 224 ; Vaughan, 281-2). This was saying
 but very little in advance of a more rational construction, as
 it is not said that the alien people who had been conquered
 by the arms of the crown became subjects of the crown by
 act and operation of the law. It is not easy to ascertain the
 epoch when the law became thus understood. I should
 guess that such a principle of law became prevalent soon
 after the arrival of the Normans, who argued very acutely
 about sovereignty and subjection. It was certainly under-
 stood as early as the reign of Henry II, when the people of
 Ireland were supposed to have become his subjects, from his
 conquest.

Id., *p. 663.* } Let us now listen to the soft voice of Lord
 } Mansfield, when delivering the judgment of
 the King’s Bench, in the well-known case of Campbell and
 Hall. “ In the acquisition of conquests, it is limited by the
 constitution ” says he, “ to the king’s authority, to grant or
 refuse a capitulation ; if he refuse, and put the inhabitants
 to the sword, all their lands belong to him ; if he receive
 the inhabitants, under his protection and grant them their
 property, he has the power to fix the conditions ; he is en-

[ARTICLE 20.]

trusted with making the treaty of peace, and he may yield up the conquest, or retain it, upon such terms as he shall think fit to agree to." These powers, (in the king,) no man ever disputed; neither has it hitherto been controverted but that the king might change part of the government of Grenada, or all the political form of the government of a conquered dominion. He afterwards added, "it is not to be wondered that an adjudged case in point has not been produced; no dispute ever was started before upon the king's legislative authority over a conquest; it never was denied in Westminster Hall; it never was questioned in parliament; it was so decided in Calvin's case."

Lord Mansfield then run over the history of the conquests, made by the crown of England, in order to confirm and illustrate his judicial doctrines; beginning with that of Ireland and ending with that of New-York. In all those cases of conquest, the previous aliens became subjects of the crown by subsequent conquest; and of course were virtually naturalised, by the act and operation of law." The conquered inhabitants, were received under the king's protection," said Lord Mansfield, in judgment, "became subjects, and were to be universally considered in this light, and not as enemies or aliens." (Cowper's Reports, 204.)

* 1 *Hale's Pleas of the Crown*, ch. 10 p. 61. } Allegiance due to the king is
 of two kinds: 1o Original, virtual
 and implied; 2o Express and declared by oaths and promise.

And this (original) alligance is either natural from all that are subjects born within the king's alligance; or local, which obligeth all, that are resident within the king's dominions, and partake of the benefit of the king's protection, although stranger born.

[ARTICLE 20.]

* 1 *Comyn's Digest*, } Who is not an alien ? Any born within
v. alien, *p.* 541. } the ligeance of the king.

But no one is an alien who is born in a place then within the king's ligeance, of parents in actual obedience to the king. (7 Co. 18, Calvin—Van. 279.)

So the children of the king's ambassadors born of English parents in a place out of the king's ligeance, are not aliens by the common law. (7 Co. 18. a. Calvin)

By the *st. de natis ultra mare* 25 Ed. 3 it is declared, that the children of the kings of England, in whatsoever parts born, shall inherit after the death of their ancestors. And by the same statute children inheritors born out of the ligeance of the king, whose parents at the time of their birth be at the faith and ligeance of the king of England, shall inherit, so that the mothers passed the seas with the licence of their husbands. And therefore, if a merchant continue beyond sea to merchandise, and has issue there by an English woman, such issue shall inherit. R. Cro. Car. 601. So if the wife be an alien ; for she is *sub potestate viri*, and by the common law, *partus sequitur patrem*. Otherwise, if the parents go beyond sea without licence, or stay there after the licence determined and then have issue.

* *Chitty, Prerogatives*, } The mere birth of a person within
ch. 2, *s.* I, *p.* 13. } this country will not constitute him
a subject thereof unless he was also born under the king's obedience and protection ; and therefore if foreign enemies invade the realm and have children born within it, such children would be aliens. But children born here of alien friends are natural born subjects of this country, as are in general children born either in his Majesty's colonies, or plantations, or on those parts of the ocean which are reputed the English seas.

[ARTICLE 21.]

C. N., 10. } Tout enfant né d'un Français en pays étran-
ger, est Français.

Tout enfant né, en pays étranger, d'un Français qui aurait perdu la qualité de Français, pourra toujours recouvrer cette qualité, en remplissant les formalités prescrites par l'art 9.

21. L'étranger devient sujet Britannique par l'ef- fet de la loi, en se confor- mant aux conditions qu'elle prescrit à cet égard.	21. An alien becomes a British subject by opera- tion of law, by conforming to the conditions the law prescribes.
---	---

* Voy. *Blackstone*, *Stephens* et *Hale*, cités sous l'art. 20.

Lahaye, sur art. } *Gary*, discours au corps législatif, 8
9, C. N. } mars 1803.—Un premier système tendait
à déclarer Français l'individu né en France d'un étranger.

Les vues généreuses qui avaient produit ce système ont cédé à des motifs d'un ordre supérieur. On a reconnu qu'il serait trop injuste et trop peu convenable à la dignité nationale que le fils d'une étrangère, qui lui aurait donné naissance en traversant le territoire français, et qui, emmené aussitôt par ses parents dans le lieu de leur origine, n'aurait ni résidé, ni manifesté le désir de s'établir en France, y pût jouir de tous les bienfaits de la loi civile. Ces bienfaits ne sont dus qu'à ceux qui se soumettent aux charges publiques, et dont la patrie peut à chaque instant, réclamer les secours et l'appui. C'est un devoir pour quiconque est adopté par la loi d'un pays, de se montrer digne de cette faveur, et d'associer sa destinée à celle de sa patrie adoptive, en y établissant sa résidence.

Delvincourt, t. 1, not. 3 de la pag. 13.—Né en France d'un étranger qui n'a pas les droits civils. Autrement, l'enfant serait Français par droit de naissance et sans aucune formalité.

[ARTICLE 21.]

Rolland de Villargues, v. Français, n. 8.—*Quid*, si l'enfant d'un étranger était né en pays étranger, mais qu'il prétendît avoir été conçu en France ? Pourrait-il invoquer la règle *infans conceptus pro nato habetur* ? Nous ne le pensons pas. Le fait de la naissance est certain, tandis que rien ne découvre que la conception ait eu lieu en France. (Duranton, n. 130).

A. Dalloz, v. droits civils, n. 9.—La naissance ne rend Français que l'enfant d'un Français.

No. 10.—L'enfant né en France d'un étranger qui a acquis la qualité de Français sous les droits de citoyen n'est pas seulement Français comme son père ; il est encore citoyen Français et comme tel, apte à exercer ses droits politiques (Loi du 5 Fév. 1817 art. 5 et 6.)

* *Foster's Crown Law,* } With regard to natural born sub-
Discourse 1, p. 183. } jects there can be no doubt. They
owe allegiance to the crown at all times and in all places. This is what we call *natural* allegiance in contradistinction to that which is local. The duty of allegiance, whether natural or local, is founded in the relation the person standeth in to the crown, and in the privileges he deriveth from that relation. Local allegiance is founded in the protection a foreigner enjoyeth for his person, his family or effects, during his residence here ; and it ceaseth whenever he withdraweth with his family and effects. Natural allegiance is founded in the relation every man standeth in to the crown, considered as the head of that society whereof he is *born a member* ; and on the peculiar privileges he deriveth from that relation, which are, with great propriety called his *birthright*. This birthright nothing but his own demerit can deprive him of ; it is indefeasible and perpetual : and consequently the duty of allegiance, which ariseth out of it, and is inseparably connected with it, is in consideration of law likewise unalienable and perpetual..... The doctrine of allegiance founded in

[ARTICLE 21.]

birth may, as I have said, be considered as a good general rule, though not universally true. Cases may be put which will be considered as exceptions to it, which I will not enter into at this time. Whenever they come in judgment, due regard will certainly be paid to them.....

An alien, whose sovereign is in amity with the Crown of England, residing here and receiving the protection of the law, oweth a local allegiance to the Crown, during the time of his residence : and if, during that time, he committeth an offence, which in the case of a natural-born subject would amount to treason, he may be dealt with as a traitor. For his person and personal estate are as much under the protection of the law as the natural-born subjects : and if he is injured in either, he hath the same remedy at law for such injury.

An alien, whose sovereign is at enmity with us, living here under the King's protection, and committing offences amounting to treason, may likewise be dealt with as a traitor. For he oweth a temporary local allegiance, founded on that share of protection he receiveth (see 9 A., c. 16 the judgment of Parliament touching the case of the marquis de Guiscard residing here, during the war, and holding a traiterous correspondence with France).

Id, p. 187. } The case of an ambassador, or his attendants,
 } not being subjects of *Great-Britain*, mentioned by Lord *Hale* doing acts which in a subject would amount to high treason, will, as his Lordship observeth, be always governed rather by prudential considerations, or what are generally called *reasons of state*, than by any fixed rules of law : and as ambassadors generally act under direction and by orders from their Sovereigns, they have seldom been proceeded against farther than by imprisonment, seizing their papers and sending them home in custody, which was done in the case of Count *Gyllenbory* the *Swedish* minister in the late King's time.

[ARTICLE 20.]

**Stuart's Reports*, } (Before the Privy Council). Joseph Do-
 p. 605. } negani, Appellant and Jean Antoine Done-
 gani and others, Respondants.

2d. February 1835.—Who is an alien? is a question to be decided by the law of England, but when alienage is established the consequences which result from it are to be determined by the law of Canada...

Their Lordships are of opinion that nothing advanced by the appellant's council, has shewn that the General law of France, including the *droit d'aubaine*, was not the law of Canada, at the time it was ceded by the effect of the proclamation of the 7th. October 1763, there can be no doubt that, since the act of 14th. Geo. 3, cap. 83, the Canadian law is the old french law, including the *droit d'aubaine*, and has been the law that governed Lower-Canada. The cession of Canada to the English, of course, varied the law of alienage in one respect, namely, in respect of the sovereign of the country. When the King of England became King of Canada, the natives of Canada became his subjects, Canada became part of the dominions of the English Crown, subject to be governed by its local laws. Italians and others who were born out of the allegiance of the King of England, became aliens in Canada. By the change in sovereignty it happened that the law of England, and not the law of France, would of necessity determine the question, who were aliens or not. But when the fact of alienage was established according to the English law, the civil consequences of alienage would be determinable by the local or the canadian law...

C. N., 9. } Tout individu né en France d'un étranger pourra
 } dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, ré-
 clamer la qualité de Français, pourvu que, dans le cas où il
 résiderait en France, il déclare que son intention est d'y fixer
 son domicile, et que, dans le cas où il résiderait en pays

[ARTICLE 22 ET 23.]

étranger, il fasse sa soumission de fixer en France son domicile, et qu'il l'y établisse dans l'année, à compter de l'acte de soumission.

22. Ces conditions, en autant qu'il y est pourvu par nos lois provinciales, sont: 1o. Une résidence pendant trois ans au moins dans une partie quelconque de la province du Canada, avec intention de s'y établir; 2o. La prestation des serments de résidence et d'allégeance exigés par la loi; si c'est une femme le serment de résidence suffit; 3o. L'obtention du tribunal compétent, avec les formalités voulues, du certificat de naturalisation requis par la loi.	22. These conditions, as prescribed by the laws of this Province, are: 1o. Residence during three years at least in some part of the province of Canada, with the intention of settling therein; 2o. Taking the oaths of residence and allegiance required by law; or in the case of a woman the oath of residence alone; 3o. Procuring from the proper court, with the necessary formalities, the certificate of naturalisation required by law.
--	--

* Voy. *S. R. C.*, c. 8, ss. 1, 2, 3, 4, citées sous l'art. 20.

Consultez *St. du C.* 31 *Vict.*, c. 66.

[ARTICLE 23.]

23. L'étrangère devient naturalisée par le seul fait du mariage qu'elle contracte avec un sujet britannique.	23. An alien woman is naturalized by the mere fact of the marriage she contracts with a British subject.
---	---

* Voy. *S. R. C.*, c. 8, s. 7, citée sous l'art. 20.

[ARTICLE 24.]

Lahaye, sur art. 12 C. N. } *Boulay*, exposé des motifs au Corps
 } Législatif, 2 Déc. 1801.—Une ancienne et constante maxime veut que la femme suive la condition de son mari : maxime fondée sur la nature même du mariage, qui de deux êtres n'en fait qu'un, en donnant la prééminence à l'époux sur l'épouse.

Hua.—Même après sa viduité, à moins qu'elle ne perde cet avantage par l'un des cas prévus par l'art. 17. Cette opinion est fondée sur la disposition de l'art. 19.

A. Dalloz, v. *Autorisation*, n. 48.—L'étrangère dont le mari étranger se fait naturaliser Français ne devient pas Française, car elle n'a pas dû penser que son mari abdiquerait lui-même cette patrie. Elle a donc besoin, pour devenir Française, d'obtenir elle-même sa naturalisation. (Legat, Code des étrangers, p. 402.)

C. N., 12. } L'étrangère qui aura épousé un Français, suivra
 } la condition de son mari.

Id. 19. } Une femme française qui épousera un étranger
 } suivra la condition de son mari. Si elle devient veuve, elle recouvrera la qualité de Française, pourvu qu'elle réside en France, ou qu'elle y rentre avec l'autorisation du roi, et en déclarant qu'elle veut s'y fixer.

24. La naturalisation confère, dans le Bas-Canada, à celui qui l'y acquiert, tous les droits et privilèges qu'il aurait, s'il fût né sujet britannique.

24. Naturalization confers in Lower Canada, on him by whom it is obtained, all the rights and privileges he would have if born a british subject.

* *Voy. S. R. C.*, c. 8, s. 1, citée sous l'art. 20 et consultez *St. du C.*, 31 Vict., c. 66.

[ARTICLE 25.]

C. N., 13. } L'étranger qui aura été admis par l'autorisation
du Roi à établir son domicile en France, y jouira
de tous les droits civils, tant qu'il continuera d'y résider.

25. L'étranger a droit d'acquérir et de transmettre, à titre gratuit ou onéreux, ainsi que par succession ou par testament, tous biens meubles et immeubles dans le Bas-Canada, de la même manière que le peuvent faire les sujets britanniques nés ou naturalisés.	25. Aliens have a right to acquire and transmit by gratuitous or onerous title, as well as by succession or by will, all moveable and immoveable property in Lower-Canada, in the same manner as british-born or naturalized subjects.
--	---

* *S. R. C., c. 8, s. 9.* } Tout aubain aura le même droit de
tenir, posséder, avoir, réclamer, recou-
vrer, léguer, donner et transmettre des biens-fonds dans tou-
tes les parties de cette province, que les sujets nés ou natura-
lisés de Sa Majesté, dans les mêmes parties d'icelle respective-
ment.

2. Pourvu toujours, que rien de contenu dans le présent acte ne changera, altérera ou n'affectera, ni ne sera interprété de manière à changer, altérer ou affecter en aucune manière quelconque, aucun droit ou titre légalement acquis ou échu à qui que ce soit avant le vingt-troisième jour de Novembre 1849. 12 V., c. 197, s. 12.

* *Pothier, Personnes, Tit. 11, sec. 11, p. 578-9.* } Quoique les étrangers puissent
faire toutes sortes de contrats
entre-vifs; quoiqu'ils puissent, par cette voie, disposer des biens
qu'ils ont en France, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit,
ils ne peuvent cependant disposer des biens qu'ils ont en

[ARTICLE 28.]

France, soit par testament, soit par tout autre acte, à cause de mort, en faveur d'étrangers ou de regnicoles ; les étrangers ne peuvent aussi rien recevoir, soit par testament, soit par quelque autre acte, à cause de mort, quoiqu'ils soient capables de donations entre-vifs. Cette différence que la loi établit entre les actes entre-vifs, et les actes à cause de mort, en permettant les uns aux étrangers, et en leur interdisant les autres, est fondée sur la nature même de ces actes. Les actes entre-vifs sont du droit des gens ; les étrangers jouissent de tout ce qui est du droit des gens. Ils peuvent donc faire toutes sortes d'actes entre-vifs. La faculté de tester active et passive, est au contraire du droit civil, *Testamenti factio est juris civilis*. Les étrangers ne jouissent pas de ce qui est du droit civil, ils ne doivent donc pas avoir cette faculté, ou ce droit.

Observez que quelques personnes prétendent que les aubains ne sont capables que des actes qui sont du droit des gens, et qu'ainsi ils ne sont pas capables des actes entre-vifs qui sont du droit civil.

C. N., } L'étranger jouira en France des mêmes droits
 11. } civils que ceux qui sont ou seront accordés aux
 Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger
 appartiendra.

26. L'étranger peut aussi servir de juré, dans tous les cas où, d'après la loi, le jury doit être com- posé pour moitié d'étran- gers.	26. Aliens may also serve as jurors, in all cases where, according to law, a jury must be composed one half of foreigners.
---	--

Consultez *St. du C.*, 31 Vict. ch. 66.

[ARTICLE 27.]

* *S. R. B. C.*, } Les aubains ne pourront être jurés que dans
c. 84, s. 4. } le cas où sera demandé et obtenu un jury *de*
medietate linguæ, 10, 11 V., c. 13, s. 23.

* *Ibid.*, s. 46.—Sur la demande sans opposition d'une partie à toute poursuite civile dans laquelle un procès par jury peut être obtenu légalement, la cour ou un juge d'icelle, pourra ordonner que les jurés qui seront assignés pour décider la contestation dans telle poursuite, se composeront exclusivement de personnes parlant la langue anglaise ou de personnes parlant la langue française ;

2. Et si une partie dans toute telle poursuite, s'y oppose, la dite cour ou le juge ordonnera que les jurés assignés pour tel procès, seront composés en égal nombre de personnes parlant la langue anglaise et de personnes parlant la langue française. 14. 15 V., c. 89, s. 4, § 7.

27. L'étranger, quoique non résidant dans le Bas-Canada, peut y être poursuivi pour l'exécution des obligations qu'il a contractées même en pays étranger.	27 Aliens, although not resident in Lower-Canada, may be sued in its courts for the fulfilment of obligations contracted by them even in foreign countries.
---	--

* *S. R. B. C.*, } Toute action, poursuite ou procédure, pour
c. 82, s. 26. } ra être commencée à l'endroit où se tiendront les termes de la Cour Supérieure ou de Circuit dans tout district ou circuit ; pourvu que la cause de telle action, poursuite ou procédure respectivement soit née dans le dit district ou circuit, ou que le défendeur, ou l'un des défendeurs, ou la partie ou l'une des parties à laquelle l'original du bref, ordre ou autre pièce de procédure est adressé, soit domicilié ou ait reçu personnellement signification du dit bref, ordre ou autre pièce de procédure dans le dit district ou circuit, et

[ARTICLE 27.]

pourvu que tous les défendeurs ou parties susdites aient légalement reçu signification de la pièce de procédure et non autrement, excepté dans le cas où certains des dits défendeurs ou parties sont assignés par avertissement, ainsi que le prescrit la loi. 12 V. c. 38 ss. 14, 49.

* *S. R. B. C.*, } Dans toute poursuite contre une personne
c. 83, s. 61. } qui a laissé son domicile dans le Bas-Canada, ou contre une personne qui n'a pas eu de domicile dans le Bas-Canada, mais qui y a des biens meubles ou immeubles, le demandeur pourra, si la dite personne ne reçoit pas la signification des pièces en personne, l'assigner et ajourner, par un bref émis en la manière ordinaire de la Cour Supérieure, ou de la Cour de Circuit, dans le district ou circuit où la dite personne avait son domicile, ou dans lequel les dits biens sont situés,—et sur le rapport du shérif ou huissier sur ce bref que le défendeur ne peut être trouvé dans le dit district ou circuit, la cour, ou tout juge de la cour en vacance, pourra ordonner que le défendeur soit assigné par un avertissement qui devra être inséré deux fois en langue anglaise dans un journal publié en cette langue, et deux fois en langue française dans un journal publié en cette langue dans le Bas-Canada, (lesquels journaux seront désignés par la cour ou le juge,) à comparaître et à répondre à la dite poursuite ou action dans le délai de deux mois à dater de la dernière insertion de l'avertissement, et sur le refus ou la négligence du défendeur de comparaître et de répondre à la dite poursuite ou action dans le délai susdit, le demandeur pourra procéder au procès et jugement comme dans une cause par défaut. 12 V, c. 38, s. 94.

* 2 *Pandectes Frs.*, p. 140, } Cet article est une suite d'un
sur art. 14, C. N. } ancien usage de France. De tout temps les étrangers ont pu être assignés devant les juges français, pour raison des obligations par eux contractées avec des Français.

[ARTICLE 27.]

Anciennement, ces assignations se donnaient sur la frontière. Cette manière d'assigner a été abrogée par l'ord. de 1667, qui a statué que ces assignations seraient données au domicile du procureur général du roi, près du parlement dans le ressort duquel se trouverait le siège auquel les étrangers seraient appelés.

* 1 *Pigeau, Liv 2, part. 1, Tit. 1, ch. 5, p. 85.* } C'est principalement pour main-
 } tenir la justice que les gouverne-
 mens sont établis ; c'est donc à ceux qui sont préposés pour
 les conduire qu'il faut s'adresser, lorsqu'on souffre un tort
 dans ses biens ou sa personne.

Ainsi, lorsqu'on veut réclamer le secours de la justice en France, c'est au roi seul en la personne des juges qu'il a établis, qu'il faut avoir recours ; aucune autre puissance n'a droit d'interposer son autorité.

Cependant, lorsque la demande est à diriger contre un étranger, il faut distinguer : s'il demeure en France, et y possède des biens, il faut l'y assigner et non devant les juges de sa nation ; autrement, comme les puissances n'ont pas de pouvoirs sur les sujets les unes des autres, on ne pourrait faire exécuter en France le jugement obtenu contre lui en pays étranger, à moins qu'il n'y ait entre le roi et cette puissance un traité, par lequel il soit convenu que les deux nations déféreront respectivement aux jugemens rendus par leurs tribunaux. Mais lorsque l'étranger n'a pas de biens en France, et qu'on l'assigne devant nos tribunaux, le jugement ne peut s'exécuter que sur sa personne par emprisonnement, s'il se trouve en France, mais si on veut se pourvoir sur sa personne et ses biens hors de France, il faut le traduire devant les juges de sa nation, parce que les nôtres n'ayant aucun pouvoir sur des personnes et des biens qui ne sont pas dans le royaume, les jugemens qu'ils accorderaient, ne pourraient être exécutés en pays étrangers.

[ARTICLE 27.]

Il faut donc, en ce cas, recourir aux tribunaux auxquels est soumis l'étranger : c'est ce qu'observait l'illustre M. D'Aguesseau dans son plaidoyer, lors de la célèbre affaire du mariage entre le duc de Guise et la comtesse de Bossu, " Lorsque ce sont, disait-il, des Français qui attaquent des étrangers, comment peuvent-ils s'exempter de subir la loi commune de toutes les nations, c'est-à-dire, cette règle du droit des gens, plutôt que du droit civil, qui oblige le demandeur à suivre la juridiction du défendeur."

* *Ravaut, tit. 1, ch. 1,* } Il pouvait y avoir de la difficulté sur
s. 3, p. 6. } le lieu où les ajournemens doivent
 être donnés à ceux qui n'ont point de domicile dans le royaume; l'Ord. 1667 a réglé où ils doivent être assignés.

* *Ord. 1667, tit.* } Les étrangers, qui seront hors le royaume,
2, art. 1 } seront ajournés *ès hôtels de nos Procureurs-
 Généraux* des parlemens, où ressortissent les appellations des
 juges devant lesquels ils seront assignés; et ne seront plus
 données aucunes assignations sur les frontières.

C. N., 14. } L'étranger, même non-résidant en France, pourra
 } être cité devant les tribunaux français, pour l'exé-
 cution des obligations par lui contractées en France avec un
 Français; il pourra être traduit devant les tribunaux de
 France pour les obligations par lui contractées en pays étran-
 ger envers les Français.

28. Tout habitant du Bas-Canada peut y être poursuivi pour les obliga- tions par lui contractées hors de son territoire, même envers un étranger.	28. Any inhabitant of Lower-Canada may be sued in its courts for the fulfil- ment of obligations con- tracted by him in foreign countries, even in favor of a foreigner.
--	--

[ARTICLE 28.]

1 *Boileux, sur art. 15, C. N.* } Le législateur a entendu établir ici une juste réciprocité : mais cette disposition était inutile, puisque le Français ne peut récuser ses juges naturels.

Bien que l'article 15 ne fasse mention que des obligations contractées en pays étranger, il ne suit pas de là que l'étranger ne puisse poursuivre devant les tribunaux de France le Français qui se serait obligé en France. Cette faculté lui serait accordée *a fortiori*.

1 *Duranton, sur art. 14 et 15, C. N.* } Mais l'étranger qui a contracté en France avec un autre étranger, peut-il demander aux tribunaux français l'exécution de son contrat ?

Nous le croyons, s'il s'agit d'un acte de commerce passé en France, et c'est l'opinion généralement adoptée. (Voy. arr. C. de Cass. 5 Août 1807, Sirey, 1807, 1, 124.)

1 *Delvincourt, sur art. 15, C.N., notes 3 et 11 de la page 16.* } Le Français n'a droit d'assigner en France l'étranger, avec lequel il a contracté en pays étranger, qu'autant que lui, Français, n'était pas, à l'époque du contrat, domicilié dans le pays de l'étranger. Cela a été également jugé à Paris, le 28 Fév. 1815. (Sirey, 1815, 2e. partie, pag. 362). Et, en effet, dans ce cas, l'étranger a pu et dû croire que le Français était fixé là où il avait son domicile ; et il n'a pas dû s'attendre à se voir poursuivi en France, comme s'il s'agissait d'un contrat passé avec un Français voyageur. Il a été jugé à Paris, le 1er Mars 1817, et en Cassation, le 9 Juin 1819 (Sirey, 1820, 1re part. p. 5), que le débiteur, entre les mains de qui il a été formé par un étranger une saisie-arrêt dont la validité est pendante devant un tribunal étranger, ne peut être forcé de payer, jusqu'à ce que la main-levée lui ait été rapportée.

Même en pays étranger.—L'étranger a intérêt de citer le

[ARTICLE 28.]

Français devant les tribunaux de France. Autrement, les jugements que l'étranger obtiendrait dans son propre pays contre le Français, ne pouvant être exécutés sur les biens de France, qu'après avoir été revus et déclarés exécutoires par un tribunal français, il en résulterait qu'il aurait deux procès à soutenir, au lieu d'un. Il est donc plus simple, si le Français a des biens en France, que l'étranger l'assigne d'abord devant les tribunaux français.

* *C. N.*, 15. } Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger.

29. Tout individu non-résidant dans le Bas-Canada, qui y porte, intente ou poursuit une action, instance ou procès, est tenu de fournir à la partie adverse, qu'elle soit ou non sujet de Sa Majesté, caution pour la sûreté des frais qui peuvent résulter de ces procédures.	29. Every person, not resident in Lower-Canada, who brings or institutes any action, suit or proceeding in its courts, is bound to give to the opposite party, whether a subject of Her Majesty or not, security for the costs which may be incurred in consequence of such proceedings.
---	---

* *S. R. B. C.*, } Dans toutes actions, oppositions et poursuites intentées devant les cours de juridiction civile dans le Bas-Canada, par toute personne résidant hors du Bas-Canada, que toute personne soit sujet ou non de Sa Majesté, le défendeur ou autre partie concernée aura droit de demander et d'obtenir bonnes et suffisantes cautions, à la discrétion de la cour saisie de telle action, opposition ou poursuite, pour le paiement de ses frais, au cas que le demandeur ou poursuivant succombe dans son action, opposition ou autre

[ARTICLE 29.]

poursuite ; et toutes procédures seront suspendues jusqu'à ce que telles cautions aient été offertes et reçues. 41 G. 3, c. 7. s. 2.

* 2 *Pandectes Frs.*, p. 142-143, } Cet article résulte encore
 (sur art. 16, C. N.) } d'une antique coutume de France. Il établit en texte ce que l'on appelle, en termes de Palais, la caution *judicatum solvi*, que doit fournir l'étranger, qui plaide devant les tribunaux de France.

Nous avons dit que cette règle est une ancienne coutume de France, parcequ'elle n'avait, jusqu'à présent, été établie par aucun texte de loi, mais introduite par l'usage, ainsi que nous l'apprenons de Bacquet (*Traité du droit d'aubaine*, c. 16, n. 1-3-4). Cet usage est venu de ce que les jugemens rendus par les tribunaux de France n'ont point d'autorité hors de son territoire ; comme ceux donnés par les juges étrangers n'en ont aucune en France. Cela est évident. L'autorité des jugemens ne leur est communiquée que par la puissance publique au nom de laquelle il a été rendu. Cette autorité cesse, en conséquence, où finit cette puissance, c'est-à-dire sur la frontière. Il n'y a même que le prince ou celui qui exerce la puissance publique, qui puisse permettre, dans l'étendue des terres soumises à sa domination, l'exécution d'un jugement rendu par les juges d'une puissance étrangère (*Lebret des droits de souveraineté*, *Bard.* tom. 2, liv. 1, ch. 42.)

On obtiendrait donc, contre l'étranger qui n'aurait point donné caution, des condamnations vaines, puisqu'on ne pourrait pas faire exécuter, dans son pays, le jugement rendu contre lui.

* *Pothier, Des personnes*, Tit. 2, } L'étranger doit donner la
 sec. 2, p. 577-578. } caution *judicatum solvi* ; c'est-à-dire, d'acquitter les condamnations qui pourront intervenir contre lui, quoiqu'on n'exige pas une semblable caution des citoyens.

(ARTICLE 29]

La caution *judicatum solvi*, contracte l'obligation de payer non-seulement l'objet de la condamnation principale, mais encore tous les accessoires ; c'est-à-dire, les dépens faits, tant en première instance, qu'en cause d'appel. Cette caution est due *in limine litis*.

2 Favard, Répertoire, Vo. | Il n'est fait d'exception en faveur
Exception, § 1, No. 2. | d'aucun étranger ; ainsi un ambas-
sadeur et même un prince souverain qui forme une demande
devant un tribunal français, est tenu de fournir la caution
judicatum solvi. Il en est de même d'une femme française
qui a épousé un étranger, puisque, aux termes de l'art. 19 du
Code Civil, elle suit la condition de son mari et devient
étrangère.

1 Boileux, sur | Il était à craindre qu'après avoir intenté
art. 16, C. N. | une action contre un Français, et lui avoir
occasionné des frais, l'étranger ne disparût, laissant son ad-
versaire sans aucun moyen de se faire indemniser. L'art.
16 a pour but de prémunir le Français contre ce danger.

L'étranger peut être tenu de donner caution (Demolombe, No bis ; Paris, 18 Mai 1844, Pal. 1844, 1, 672), lorsqu'il inten-
te une action contre un Français, soit comme demandeur
principal, soit comme intervenant (pour le demandeur priu-
cipal bien entendu), dans un procès déjà commencé... Mais
l'étranger originairement *défendeur*, qui s'est porté reconven-
tionnellement demandeur, n'est pas soumis à cette obligation
car la défense est de droit naturel. On nomme caution, une
personne qui répond de la dette d'une autre. Si l'étranger
ne peut trouver de caution, il est admis (c'est là une règle gé-
nérale en matière de cautionnement) à donner un nantisse-
ment suffisant (2041 et 2042), ou à déposer une somme que le
tribunal arbitrera. (167 Pr.)....

Le défendeur seul intéressé à ce que la caution soit four-
nie, peut y renoncer. Il est, selon nous, censé y avoir re-

[ARTICLE 29]

noncé sans retour, lorsqu'il ne l'a pas demandé *in limine litis*. Au reste...cette question rentre plus spécialement dans la matière de la procédure. (Demolombe, N° 258.)

La caution doit réunir les conditions déterminées par l'art. 2018, au titre du cautionnement.

* C. N., 16. } En toutes matières autres que celles de commerce, l'étranger qui sera demandeur, sera tenu de donner caution pour le payement des frais et dommages-intérêts résultant du procès, à moins qu'il ne possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer ce paiement.

CHAPITRE DEUXIÈME.

DE LA PRIVATION DES DROITS
CIVILS.

30. Les droits civils se perdent :

1. Dans les cas prévus par les lois de l'empire.

2. Par la mort civile.

OF THE LOSS OF CIVIL RIGHTS.

30. Civil rights are lost :

I. In the cases which are provided for by the laws of the British Empire ;

2. By civil death.

* Richer, *Mort civile*, } Tous les hommes forment diffé-
p. 2, et suiv. } rentes sociétés, que l'on nomme peuples, ou nations. Les sauvages, ceux même qui paraissent n'avoir d'humain que la figure, vivent en société dans leurs déserts. Ils se communiquent leurs pensées, par les différents langages qui sont en usage chez eux. Ils se donnent mutuellement tous les secours dont ils ont besoin, soit pour repousser les attaques des peuples voisins, avec lesquels ils sont en guerre ; soit pour se défendre des bêtes féroces, dont ils sont environnés. Si le hasard a fait trouver quelquefois, dans les forêts, et dans les lieux déserts, des hommes seuls, et qui n'avaient aucune communication avec d'autres hom-

[ARTICLE 30]

mes, cela a paru si extraordinaire, qu'on en a conservé la mémoire, comme d'un fait remarquable, et contraire à ce que la nature nous inspire.

Pour tirer, de ces différentes associations, tous les avantages qu'elles pouvaient procurer, les hommes, qui les composent, ont crû devoir s'imposer certaines règles, pour fixer ce que chaque membre doit à la société, dont il fait partie ; et, en même temps, ce que la société doit à chacun des particuliers qui la composent. Cet esprit d'ordre se fait remarquer même dans la conduite des sauvages.

Cet ordre, établi chez les peuples barbares et sauvages, se maintient, avec bien plus d'harmonie, chez les nations civilisées. On peut donc définir la société, *l'union de plusieurs personnes, pour leur avantage commun.*

De ces réflexions, il suit nécessairement que tout homme, en naissant, contracte tacitement avec la société. Dès l'instant qu'il voit le jour, il se trouve chargé de l'obligation, non seulement de ne pas nuire au public, ni à aucun des particuliers, avec lesquels il sera en communication ; mais même de leur faire tout le bien dont il sera capable.

Mais ce contrat n'est pas gratuit de sa part. Cette obligation ne lui est imposée, que parce qu'il est en droit d'exiger, de la société, tous les secours, et tous les avantages qu'elle pourra lui procurer, sans troubler l'ordre qui la maintient.

C'est elle qui remplit d'abord l'obligation qu'elle a contractée ; et elle la remplit assez longtemps sans aucune récompense. L'état de faiblesse, et d'imbécillité, dans lequel nous nous trouvons, pendant notre enfance, nous met dans le cas d'avoir besoin des secours de tous ceux qui nous environnent, et de ne pouvoir leur être d'aucune utilité. Nous sommes à charge à l'état, qui ne retire nul avantage de nous, et que nous ne pouvons dédommager en rien, des soins et des embarras que nous lui causons. La reconnaissance, dont nous sommes tenus envers lui, rend donc nos devoirs bien plus

[ARTICLE 30]

indispensables, à son égard, que ne le sont ceux dont il est tenu envers nous ; puis qu'il nous a payés d'avance, et sans retour de notre part.

Quand nous commençons à lui être utiles, nous ne faisons que lui rendre ce que nous lui devons, par reconnaissance ; mais nous ne laissons pas d'être toujours en reste vis-à-vis de lui ; puisqu'il ne cesse jamais, tant que nous vivons, de nous rendre des services continuels, en veillant à notre sûreté, et en nous procurant tous les avantages, toutes les commodités, et même tous les agréments qui sont compatibles avec le bon ordre. Ainsi, tout particulier, qui trouble cet ordre, auquel il doit sa propre sûreté, qui nuit à la société, de laquelle il a retiré, et retire tous les jours tant d'avantages, est un monstre d'ingratitude, qu'on ne peut trop se hâter de priver des biens qu'il ne mérite pas, et dont il ne se sert, que pour nuire à ceux de qui il les reçoit. C'est cette privation qui se nomme *Mort civile*.

Id., p. 6. } On mérite d'être réduit à ce triste état, quand loin d'exécuter le contrat par lequel on est lié avec la société, on en trouble l'ordre et l'harmonie, par des crimes contraires au bien des citoyens.

Cependant, la société, quelque outragée qu'elle puisse être, quand elle n'a pas crû devoir ôter la vie naturelle, et qu'elle s'est contentée de retrancher de son sein, le citoyen rébelle, ne laisse pas de veiller à la conservation de son être. Elle ne lui refuse rien de tout ce qu'il peut attendre de l'humanité.

* *Pothier, Suc-*, } Les successions étant du droit civil, il
cession, p. 9. } s'ensuit que, pour être capable de succéder, il faut avoir l'état civil, il faut jouir de la vie civile.

Id., p. 11. } Ceux qui ont perdu la vie civile par une con-
damnation à une peine capitale, sont incapables de succéder.

[ARTICLE 30.]

* *Pothier, propriété,* } Un armateur qui, sans la permission
 no. 94. } du Roi, aurait obtenu une commission
 d'un prince étranger pour faire la course contre les vaisseaux
 ennemis, n'a pas plus de droit de la faire que s'il n'avait au-
 cune commission. C'est ce qui est porté par l'art. 3 de l'Or-
 donnance : " Faisons défenses à tous nos sujets de prendre
 commissions d'aucuns Rois, Princes, ou Etats étrangers,
 pour armer des vaisseaux en guerre et courir la mer sur leur
 bannière, si ce n'est par notre permission, à peine d'être trai-
 tés comme pirates."

La disposition de cet article a lieu, quand même le Fran-
 çais qui a obtenu cette commission d'un Prince étranger, se-
 rait domicilié dans les Etats de ce Prince ; car le domicile ne
 lui fait pas perdre la qualité de sujet du Roi qu'il a acquise
 par sa naissance, et ne le dispense pas des lois du Royaume,
 qui ne permettent pas aux sujets du Roi de servir en temps
 de guerre aucune Puissance étrangère, sans une expresse per-
 mission du Roi. La défense renferme toutes les puissances
 étrangères, non-seulement celles qui seraient ennemies ou
 neutres, mais même celles qui seraient amies et alliées du Roi.
 C'est l'avis de Valin sur cet article.

* 2 *Bacquet,* } Il faut regarder si le Français qui veut suc-
 p. 118, § 2. } céder en France s'étant marié en pays étran-
 ger, y ayant eu enfans, y ayant accepté office ou s'étant fait
 naturaliser par le Prince du país. En ce cas *quia solum ver-
 tit, patriam deseruit, rejecta propria civitate in peregrinam sponte
 secessit, ei se dicavit, moribus et institutis civitatis peregrinæ
 vixit, nullusque potest esse civis duarum civitatum, quæ sunt
 diversæ ditionis, principatus et potestatis.* Aussi qu'il s'est ré-
 tiré hors du royaume sans permission du roi qu'on peut dire
 n'estre licite non plus qu'en Lacédémone, *exquâ si quis civium
 demigrasset, et alio commigrasset, ejus bona publicabantur ; et
 deprehendi posset, capite plectebatur.* Justement on peut dire

[ARTICLE 30.]

que tel Français *desiit esse civis Gallus* : et que *ex cive factus est exterus et peregrinus, jura civitatis amisit, fuit desertor regni et verus transfuga*.

* 1 Toullier, No. 180. } Quand on traite du droit des personnes en général, on étend l'acceptation du mot état à toutes les qualités qui introduisent des différences dans les droits de la personne. Dans ce sens, les changements d'état sont en très grand nombre. Le plus considérable est la mort civile. Il y a même des différences notables entre les individus qui ont encouru la mort civile par la condamnation, soit à la mort naturelle, soit aux travaux forcés à perpétuité, soit à la déportation ; car le déporté peut jouir de plusieurs droits civils dans le lieu de sa déportation, au lieu que celui qui est condamné aux travaux forcés à perpétuité, éprouve ce que les Romains appelaient *maximam capitis diminutionem*. Il perd avec ses biens la liberté et les droits de cité ; il est esclave de la peine *servus pœnæ*.

Id., No. 266. } C'est le hasard de la naissance qui donne à l'homme une patrie, en le plaçant dans telle société civile plutôt que dans telle autre. Or, comme personne ne peut être contraint de demeurer en société, tout homme est libre d'abdiquer sa patrie, pour en choisir une autre, hors les cas où son abdication dégénérerait en désertion.

Id., No., 267. } L'abdication de la patrie est expresse ou tacite et présumée.

L'abdication expresse est infiniment rare : on n'en connaît dans les temps modernes, que le seul exemple donné par Jean, Jacques Rousseau, et cet exemple, peu louable, n'aura point sans doute d'imitateurs.

Id., No. 268. } L'abdication tacite se présume, suivant l'art. 17 du Code :

1^o. Par la naturalisation acquise en pays étranger ; car personne ne peut avoir deux patries.

[ARTICLE 30.]

2°. Par l'acceptation, non autorisée, par le gouvernement français, de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger.

Par cette acceptation imprudente, on contracte, envers un gouvernement étranger, des engagements qui sont ou qui peuvent devenir incompatibles avec la subordination et la fidélité qu'on doit à celui de son pays.

3°. Par tout établissement fait en pays étranger, sans esprit de retour ; parcequ'alors on a rompu tous les liens qui attachaient à la patrie. Mais les établissemens de commerce ne peuvent jamais être considérés comme ayant été faits sans esprit de retour. (art. 17).

4°. L'abdication est encore présumée, quand une Française épouse un étranger. Elle a dû savoir qu'une femme suit la condition de son mari. (art. 19).

Id. N°. 271. { Il est une sorte d'abdication plus repréhensible ; c'est celle des Français qui, sans l'autorisation du gouvernement, prendraient du service militaire chez l'étranger, ou s'affilieraient à une corporation militaire étrangère, et qui par cette imprudence, ou plutôt par cette faute, s'exposeraient à porter les armes contre leur patrie.

* *Favard, Conférences,* { La discussion de l'article 17 est
p. 61 et suiv. } ouverte. (Première rédaction) Cet article porte : La qualité de Français se perdra par l'abdication qui en sera faite. Cette abdication devra être prouvée par des faits qui supposeront que le Français se sera établi en pays étranger, sans esprit de retour : elle résultera nécessairement 1° de la naturalisation acquise en pays étranger ; 2° de l'acceptation non autorisée par le gouvernement français, de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger ; 3° de l'affiliation à toute corporation étrangère qui supposera des distinctions de naissance. Le Premier Consul propose

[ARTICLE 30]

absolute superior himself, who was vassal to no man, it was no longer called the oath of fealty but the oath of allegiance; and therein the tenant swore to bear faith to his sovereign lord in opposition to all men, without any saving or exception “*contra omnes homines fidelitatem fecit.*” Land held by this exalted species of fealty was called *feudum ligium*, a liege fee; the vassals *homines ligii*, or liegemen; and the sovereign their *dominus ligius*, or liege lord... But with us in England it becoming a settled principle of tenure that *all* lands in the Kingdom are holden of the King as their sovereign and lord paramount, no oath but that of fealty could ever be taken to inferior lords, and the oath of allegiance was necessarily confined to the person of the King alone. By an easy analogy, the term of allegiance, was soon brought to signify all other engagements which are due from subjects to their prince, as well as those duties which were simply and merely territorial. And the oath of allegiance, as administered for upwards of six hundreds years, contained a promise “to be true and faithful to the King and his heirs, and truth and faith to bear of life and limb, and terrene honour, and not to know or hear of any ill or damage intended him and without defending him therefrom.” Upon which sir Matthew Hale makes this remark, that it was short and plain, not entangled with long or intricate clauses or declarations, and yet was comprehensive of the whole duty from the subject to his sovereign. But at the Revolution, the terms of this oath being thought perhaps to favour too much the notion of non-resistance, the present form was introduced by the convention parliament, which is more general and indeterminate than the former; the subject only promising “that he will be faithful and bear *true* allegiance” to the sovereign, without mentioning “heirs,” or specifying in the least wherein that allegiance consists....

But besides these express engagements, the law also holds

[ARTICLE 30]

that there is an implied original and virtual allegiance owing from every subject to his sovereign, antecedently to any express promise ; and although the subject never swore any faith or allegiance in form. For as the king, by the very descent of the crown, is fully invested with all the rights, and bound to all the duties of sovereignty, before his coronation ; so the subject is bound to his prince by an intrinsic allegiance, before the superinduction of those outward bonds of oath homage and fealty which were only instituted to remind the subject of this his previous duty, and for the better securing its performance. The formal profession, therefore, or oath of subjection, is nothing more than a declaration in words of what was before implied in law....

Allegiance, both express and implied, is however, distinguished by the law, into two sorts or species, the one natural, the other local ; the former being also perpetual, the latter temporary. Natural allegiance is such as is due from natural-born subjects. This is a tie which cannot be severed or altered by any change of time, place or circumstance, nor by any thing but the united concurrence of the legislature. An Englishman who removes to France, or to China, owes the same allegiance to the king of England there as at home, and twenty years hence as well as now. For it is a principle of universal law, that the natural born subject of one prince cannot by any act of his own, no, not by swearing allegiance to another, put off or discharge his natural allegiance to the former ; for this natural allegiance was intrinsic, and primitive, and antecedent to the other ; and cannot be divested without the concurrent act of that prince to whom it was first due. Indeed the natural-born subject of one prince, to whom he owes allegiance, may be entangled by subjecting himself absolutely to another ; but it is his own act that brings him into these straits and difficulties, of owing service to two masters : and it is unreasonable, that

[ARTICLE 30.]

by such voluntary act of his own, he should be able at pleasure to unloose those bonds by which he is connected to his natural prince. In certain cases he may forfeit his rights as a British subject, by adhering to a foreign power, but he remains always liable to his duties ; and if in the course of such employment he violates the laws of his native country, he will be exposed to punishment when he comes within reach of her tribunals. Local allegiance is such as is due from an *alien*, or stranger born, for so long time as he continues within the king's dominion and protection ; and it ceases the instant such stranger transfers himself from this kingdom to another.

* 2 *Kent's Comm., Part. 4,* } It has been a question frequently
sec. 25, p. 43. } and gravely argued, both by theo-
 retical writers, and in forensic discussions, whether the en-
 glish doctrine of perpetual allegiance applies in its full ex-
 tent to this country. The writers on public law have
 spoken rather loosely, but generally in favour of the right
 of a subject to emigrate, and abandon his native coun-
 try, unless there be some positive restraint by law, or he is at
 the time in possession of a public trust, or unless his country
 be in distress, or in war, and stands in need of his assistance.
 Cicero regarded it as one of the firmest foundations of Ro-
 man liberty, that the Roman citizen had the privilege to
 stay or renounce his residence in the state, at pleasure.
 (*Orat. pro L. C. Balbo, ch. 13.*) The principle which has been de-
 clared in some of our state constitutions, that the citizens
 have a natural and inherent right to emigrate, goes far to-
 wards a renunciation of the doctrine of the english common
 law, as being repugnant to the natural liberty of mankind,
 provided we are to consider emigration and expatriation, as
 words, intended in those cases to be of synonymous import.
 But the allegiance of our citizens is due not only to the local

[ARTICLE 30.]

government under which they reside, but primarily to the government of the United States ; and the doctrine of final and absolute expatriation requires to be defined with precision. The question has been frequently discussed in the courts of the United States, but it remains to be definitively settled by judicial decision.

A review of those discussions cannot be uninteresting

Id , p. 47. } This same subject was again brought before the
 } Supreme Court in the case of *Murray v. The Char-*
ming Betsey, in the year 1804. It was insisted, upon the argu-
 ment, that the right of expatriation did exist, and was admitted by all the writers upon general law, but that its exercise must be accompanied by three circumstances, viz : fitness in point of time, fairness of intent, and publicity of the act. The Court, however, in giving their opinion, avoided any decision of this great and litigated point, by observing, that, “ whether a person born within the United States, or becoming a citizen according to the established laws of the country, can divest himself absolutely of that character, otherwise than in such manner as may be prescribed by law is a question which it was not necessary to decide.” Afterwards in the Circuit Court of the United States, at Philadelphia, (Un. States *Gillies*, 1 *Peters’ C. C. Rep.* 159) Judge Washington observed, that he did not then mean to moot the question of expatriation, founded on the self-will of a citizen, because it was beside the case before the Court ; but that he could not admit, that a citizen of the United States could throw off his allegiance to his country without some law authorizing him so to do. This was the doctrine declared also by the Chief Justice of Massachusetts (9 Mass. Rep. 461). The question arose again before the Supreme Court of the United States, so late as February 1822, in the case of *the Santissima*

[ARTICLE 30.]

Trinidad (7 Wheaton, 283), and it was suffered to remain in the same state of uncertainty.....

Id., p. 49. } From this historical review of the principal
 } discussions in the federal courts on this interesting
 subject in american jurisprudence, the better opinion would
 seem to be that a citizen cannot renounce his allegiance to
 the United States without the permission of government, to
 be declared by law ; and that, as there is no existing legis-
 lative regulation on the case, the rule of the english
 common law remains unaltered. (3 Peters' U. S. Rep, 242).

There is however, some relaxation of the old and stern rule of the common law, required and admitted under the liberal influence of commerce. Though a natural born subject cannot throw off his allegiance, and is always amenable for criminal acts against his native country, yet for commercial purposes he may acquire the rights of a citizen of another country, and the place of domicil determines the character of a party as to trade. Thus, in the case of *Scott v. Schawartz* (Comyns' Rep. 677), it was decided, in the Exchequer, the 13 Geo. II, that a residence in Russia gave the mariners of a Russian ship the character of Russian mariners, within the meaning of the British navigation act. And in the case of *Wilson v. Marryat*, (8 Term. Rep. 31), it was decided by the court of K. B., that a natural-born subject might acquire the character, and be entitled to the privileges of an american citizen for commerce. So, an american citizen may obtain a foreign domicil, which will impress upon him a national character for commercial purposes, in like manner as if he were a subject of the government under which he resided : and yet without losing on that account his original character, or ceasing to be bound by the allegiance due to the country of his birth. The subject who emigrates

[ARTICLE 30.]

bona fide, and procures a foreign naturalisation, may entangle himself in difficulties, and in a conflict of duties, as Lord Hale observed ; but it is only in very few cases that the municipal laws would affect him. If there should be war between his parent state and the one to which he has attached himself, he must not arm himself against the parent state ; and if he be recalled by his native government, he must return, or incur the pain and penalties of a contempt. Under these disabilities, all the civilized nations of Europe adopt (each according to its own laws) the natural born subjects of other countries.

The French law will not allow a natural born subject of France to bear arms, in time of war, in the service of a foreign power, against France, and yet, subject to that limitation, every Frenchman is free to abdicate his country (Pothier *Propriété* No. 94 ; *C. Nap.* No. 17, 21 ; *Toullier*, tom. 1, No. 266).

* 2 *Tomlins, Law diction- ary, Vo. Treason*, § 2. } A natural-born subject cannot abjure his allegiance, and transfer it to a foreign prince. Neither can any foreign prince, by naturalizing, or employing a subject of Great Britain, dissolve the bond of allegiance between that subject and the crown, (1 *Comm.* 369). This was determined in the case of *Æneas Macdonald*, who was born in great Britain, but educated from his early infancy in France ; and being appointed commissary of the French troops intended for Scotland, was taken prisoner, tried, and found guilty of high treason. (*Fost.* 60 ; 9 *Stat. Tri.* 585.)

* 1 *Petersdorff*, } Alien is derived from the Latin *alienus*, pp. 462-463. } and, according to its etymology, signifies a person born out of the legiance of the king.

If the King of England make a conquest, persons there

[ARTICLE 30.]

born are his subjects ; but if it be reconquered persons born there afterwards are aliens.

Per Hale C. J. (Collingwood v. Pace) It is without question that if an Englishwoman go beyond the seas, and marry an alien, and have issue born beyond the seas, the issue are aliens, for the wife was *sub potestate viri*, and yet the issue born in England should inherit, though the husband be an alien.

* *St. Imp.*, 14 et 15 } By stat. 14 et 15 Hen. 8. c. 4, it is
Hen. VIII., ch. 4. } enacted, that if an English subject go beyond the seas, and there become a sworn subject to any foreign prince or state, he shall, during his residence abroad, pay such impositions as aliens do, with a proviso, that if he returns and lives here, he shall be restored to his liberties and privileges (condensé au 1er Vol. Petersdorff, p. 464.)

* *Foster, Crown* } Natural allegiance is founded on the
Law, p. 183. } relation every man standeth in to the crown, considered as the head of that society whereof he is *born a member* ; and on the peculiar privileges he deriveth from that relation, which are, with great propriety, called his *birthright*, this birthright nothing but his own demerit can deprive him of ; it is indefeasible and perpetual.

* 1 *Burge*, } It is a principle of the law of England, that
pp. 707-708. } the natural-born subject of one prince cannot by any act of his own, no, not by swearing allegiance to another, put off or discharge his naturel allegiance to the former, for this natural allegiance was intrinsic and primitive, and antecedent to the other, and cannot be divested without the concurrent act of that prince to whom it was first due. But it may be divested by the concurrent act of the sovereign and the subject. If the king of England by a

[ARTICLE 30.]

treaty, especially if it be ratified by parliament, cedes any part of his dominions to another state, the inhabitants of such ceded place, notwithstanding they may have been born under his protection whilst it belonged to the crown of England, become effectually aliens, and subject to the disabilities of alienage in their future concern with England.

C. N., 17. } La qualité de Français se perdra : 1o. Par la naturalisation acquise en pays étranger ; 2o. Par l'acceptation, non autorisée par le roi, de fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger ; 3o. Enfin, par tout établissement fait en pays étranger, sans esprit de retour.

Les établissements de commerce ne pourront jamais être considérés comme ayant été faits sans esprit de retour.

Id., 21. } Le Français qui, sans autorisation du roi, prendra du service militaire chez l'étranger, ou s'affiliera à une corporation militaire étrangère, perdra sa qualité de Français. Il ne pourra rentrer en France qu'avec la permission du roi, et recouvrer la qualité de Français qu'en remplissant les conditions imposées à l'étranger pour devenir citoyen ; le tout sans préjudice des peines prononcées par la loi criminelle contre les Français qui ont porté ou porteront les armes contre leur patrie.

Voy. Autorités citées sous les deux articles qui suivent.

Consult. Grotius L. ii. ch. 5, sec. 24—Puffendorf, *Droit des gens*, liv. 8, ch. 11, sec. 2, 3.—Vattel, L. 1, ch. 19, sec. 218, 223, 224, 225.—1 Wyckefort, *l'Embass.* 117, 119. (D'après 2 Kent, p. 43).

SECTION I.

DE LA MORT CIVILE.

31. La mort civile résulte de la condamnation à certaines peines afflictives.

OF CIVIL DEATH.

31. Civil death results from condemnation to certain corporal punishments.

[ARTICLE 31.]

* Richer, p. 15 } Chez les Romains, la mort civile prove-
 et 16. } nait de trois causes différentes ; savoir, la
 servitude, la condamnation à certaines peines, qui flétrissaient
 tellement celui, auquel on les infligeait, qu'il n'était plus ci-
 toyen, et enfin, la fuite en pays étranger.

La servitude, n'est point admise en France. Cette maxime
 y est observée avec un tel scrupule, que les étrangers mêmes,
 que l'on prend à la guerre, ne deviennent point esclaves.
 On se contente de les tenir prisonniers, jusqu'à ce qu'on juge
 à propos de leur rendre leur liberté. Un Français captif, con-
 serve tous ses droits, ils ne sont que suspendus ; il est consi-
 déré simplement comme un absent.

Des trois sources d'où provenait la mort civile, chez les
 Romains, il ne nous en reste qu'une, c'est la condamnation
 à certaines peines.

Voy. Pothier, *mariage*, No. 264, cité sous l'art. 34.

* Pothier, *Des personnes*, } Les Français qui ont abandonné
 p. 585-586. } leur patrie, sans aucun espoir de
 retour perdent la qualité et les droits de citoyens. L'ordon-
 nance de 1669, contre ceux qui s'expatrient, s'explique en ces
 termes " défendons à tous nos sujets de s'établir sans notre
 " permission dans les pays étrangers, par mariages, acquisi-
 " tion d'immeubles, transport de leur famille et biens, pour
 " y prendre établissement stable et sans retour, à peine de
 " confiscation de corps et de biens, et d'être réputés étran-
 " gers." Il faut ajouter que les peines prononcées par cet
 édit ne s'encourent pas *ipso facto*, et qu'il faut qu'on ait in-
 tenté contre le sujet une accusation de désertion, sur laquelle
 sera intervenu un jugement. Sans cela il conserve toujours
 les droits de regnicole.

[ARTICLE 31]

**Pothier, Introduction* } On perd la vie civile de deux ma-
aux cout., No. 28. } nières. La première est lorsqu'on re-
 nonce volontairement au siècle et à la société civile, par
 la profession religieuse dans un ordre approuvé par les lois
 du royaume.....

No. 30. La seconde manière dont se perd la vie civile, est
 lorsque quelqu'un est retranché malgré lui de la société ci-
 vile par une condamnation à une peine capitale.

Ces peines sont la mort naturelle, la peine des galères à
 perpétuité, et celle du bannissement perpétuel hors du
 Royaume.

Il faut excepter des condamnations à peine capitale qui
 font perdre la vie civile, celles qui sont rendues par un con-
 seil de guerre. Le bannissement hors du royaume par un
 simple ordre de Sa Majesté, sans condamnation judiciaire,
 ne fait pas perdre l'état civil, ni les droits de citoyen.

* 11 *Guyot Rép. vo. mort* } *Des condamnations d'où naît la*
civile, p. 634. } *mort civile.* Entre les condamna-
 tions qui ne vont point à la mort naturelle, il y en a que
 trois qui emportent la mort civile, et ces trois condamnations
 sont les galères à perpétuité, les bannissements à perpétuité
 et hors du royaume, et la prison ou la réclusion à perpétuité.
 Les condamnations à la mort naturelle emportent la mort ci-
 vile, même contre les personnes qui ne sont pas exécutées ;
 ce qui arrive lorsque ces personnes prennent la fuite.

On peut poser pour maxime, que le jugement qui confisque
 le corps confisque les biens, et que par conséquent la mort
 civile en est une suite nécessaire.

* 1 *Blackstone*, } The civil death commenced, if any man
 p. 131-2-3. } was banished or abjured the realm (Co. Litt.
 133) by the process of the common law, or entered into reli-

[ARTICLE 31.]

gion ; that is, went into a monastery, and became there a monk professed : in which cases he was absolutely dead in law, and his next heir should have his estate. For such banished man was entirely cut off from society ; and such a monk, upon his profession, renounced solemnly all secular concerns ; and besides, as the popish clergy claimed an exemption from the duties of civil life and the commands of the temporal magistrate, the genius of the English laws would not suffer those persons to enjoy the benefits of society, who secluded themselves from it, and refused to submit to its regulations. A monk was therefore accounted *civiliter mortuus*, and when he entered into religion might, like other dying men, make his testament and executors ; or, if he made none, the ordinary might grant administration to his next of kin, as if he were actually dead intestate. And such executors and administrators had the same power, and might bring the same actions for debts, due to the religious, and were liable to the same actions for those due from him, as if he were naturally deceased... In short, a monk or religious was so effectually dead in law, that a lease made even to a third person, during the life (generally) of one who afterwards became a monk, determined by such his entry into religion : for which reason leases, and other conveyances for life, were usually made to have and to hold for the term of one's natural life. (2 Rep. 48, Co. Litt. 132). But, even in the times of popery, the law of England took no cognizance of *profession* in any foreign country, because the fact could not be tried in our courts ; and therefore, since the reformation, this disability is held to be abolished (1 Salk. 162) : as is also the disability of banishment, consequent upon abjuration, by statute 21 Jac. 1. c. 28.

(NOTE). One species of civil death may still exist in this country ; that is, where a man by act of parliament is at-

[ARTICLE 31.]

tainted of treason or felony, and saving his life, is banished for ever : this lord Coke declares to be a civil death. But he says, a temporary exile is not a death. *Co. Litt.* 133. And for the same reason where a man receives judgment of death, and afterwards leaves the Kingdom for life, upon a conditional pardon, this seems to amount to a civil death : this practice did not exist in the time of lord Coke, who says, that a man can only lose his country by authority of parliament. (*Ib.*)

* 2 *Blackstone*, } And moreover, in case an estate be
p. 121. } granted to a man for his life, generally, it may also determine by his *civil* death : as if he enters into a monastery, where by he is dead in law, for which reason in conveyances the grant is usually made “ for the term of a man’s natural life ; ” which can only determine by his natural death.

* *C. N.*, 22. } Les condamnations à des peines dont l’effet
est de priver celui qui est condamné, de toute participation aux droits civils ci-après exprimés emporteront la mort civile.

32. La condamnation à la mort naturelle emporte la mort civile.	32. Condemnation to death carries with it civil death.
---	--

* *Voy. Pothier, Introd. aux cout. d’Orl. no. 30, cité sous l’art. 31.*

* *Voy. Guyot, Rép., vo. mort civile, cité sous l’art. 31.*

[ARTICLE 33]

* *Collection de décisions du Bas-* | *Coram—Smith, J.,—Van-*
Canada, (Low. C. Jurist.) Vol. 1, | *felson, J.,—C. Mondelet, J.—*
pp. 252-3. Rochon v. Leduc. | *Montréal, 8 Juillet 1850.*
 Jugé : *Que le condamné à mort par la cour martiale de 1339, et*
qui a obtenu le pardon de Sa Majesté le 27 Janvier 1844, ne peut
pas ester en jugement et ne peut pas revendiquer sa propriété.

Une action pétitoire fut intentée par le Demandeur contre le Défendeur et fut rapportée devant la ci-devant Cour du Banc de la Reine, au terme supérieur, le 20 octobre 1848, pour obtenir la possession d'un lopin de terre que le Demandeur prétendait être passé en la possession du Défendeur en avril 1847, par fraude et illégalement.

Le Défendeur plaida diverses exceptions ; mais il suffit de rapporter les termes de la première qui eut l'effet de repousser l'action et qui est comme suit. “ Que le Demandeur ne peut obtenir les conclusions par lui prises en sa déclaration, pas même instituer la dite demande, parceque entr'autres raisons à déduire en temps et lieu, le dit Jérémie Rochon, le Demandeur en cette cause, a été, dans la cité de Montréal, à partir du 25 de Mars au 8 d'Avril 1839, duement condamné à mort par la Cour Martiale, alors siégeant en la dite cité de Montréal, ainsi qu'il appert par le dit jugement dont le dit Défendeur produit un certificat authentique, et auquel il réfère pour plus ample information comme faisant partie de son présent plaidoyer.

“ Que l'effet de ce jugement ou condamnation portant la peine de mort et décerné contre le dit Demandeur comme susdit, par la Cour Martiale siégeant alors et duement établie et constituée par le lieutenant-général alors gouverneur en chef et commandant des forces dans cette province, a eu l'effet d'un *attainder* à toutes fins et intentions quelconques en loi sur le dit Demandeur, contre qui le dit jugement a été ainsi prononcé ; et que les terres, ténemens, héritages, créan-

[ARTICLE 32.]

ces, droits, biens-meubles ou immeubles et toutes autres choses personnelles ou réelles appartenant au dit Demandeur, à l'époque du dit jugement, ont été confisqués au profit de Sa Majesté, la Reine et de ses héritiers et successeurs à perpétuité, et conséquemment qu'en loi le dit Demandeur n'a plus aucun droit à la propriété qu'il revendique, est incapable en loi d'instituer l'action qu'il a instituée contre le dit Défendeur et que cette honorable Cour ne peut recevoir ou entretenir la demande du dit Demandeur ni l'admettre à rester en jugement. ”

Le Demandeur répondit spécialement à cette exception comme suit : “ Qu'en supposant vrais les allégués du Défendeur, et qu'il ait été condamné à mort, tel que l'allègue le dit Défendeur, le dit Demandeur a été bien et duement réhabilité et rétabli dans tous ses droits de citoyen et de sujet anglais, par le pardon à lui accordé le 27 Janvier 1844, par Sa Très Gracieuse Majesté Victoria, Reine du Royaume-Uni de la Grande Bretagne et d'Irlande, suivant qu'il appert par un acte de pardon produit avec les présentes ; que les biens du Demandeur n'ont jamais été confisqués, au profit de Sa Majesté la Reine et de ses héritiers et successeurs, et que, l'eussent-ils été, ça n'a pu être au profit du Défendeur qui n'a pas justifié être l'héritier et successeur de Sa Majesté, et ne peut en aucun cas exiger de son droit, que d'ailleurs les biens du Demandeur n'ont jamais été vendus à la poursuite de la Couronne ; que lui le Demandeur en est toujours demeuré le propriétaire, dans la jouissance et possession desquels dits biens il est rentré, en supposant qu'il les eût perdus, par le pardon de sa souveraine à lui accordé le 27 Janvier 1844, et qu'ainsi la dite exception du Défendeur est mal fondée et ne peut être maintenue.”

Enfin, le Défendeur répliqua spécialement en ces termes : “ That the pardon produced and fyled by the said Plaintiff has no effect further than giving liberty to the said Jérémie

[ARTICLE 32.]

Rochon and shortening the time of deportation of the said Jérémie Rochon, but that the said pardon does not remove the effect of the attainder occurring from the pronouncing of the sentence of death against the said Jérémie Rochon, that in granting his the said Jérémie Rochon's liberty, nothing else is therein specially mentioned, that the fact of the said Jérémie Rochon being attainted, is not specially or in any other way mentioned therein.

"That the said Defendant does not claim as the successor of Her Majesty, but merely denies the right of the said Plaintiff to bring his said action in consequence of the said attainder."

A l'appui de sa première exception le Défendeur produisit une copie de la sentence de la Cour Martiale, passée contre le dit Jérémie Rochon, et le Demandeur à l'appui de sa réponse spéciale, produisit l'acte de grâce et pardon accordé par Sa Majesté en faveur du Demandeur le 27 Janvier 1844.

Les parties ayant été entendues sur le mérite de la cause généralement, la cour rendit le jugement suivant :

"The Court having heard the parties by their counsel, as well on the merits as upon the peremptory exception *firstly* pleaded by the defendant, examined the proceedings and proof of record, and having deliberated thereon, considerine that the said defendant hath established by legal evidencg the peremptory exception *firstly* filed by him, and that the said exception is sufficient in law to bar the right of the said plaintiff to recover in his said action doth dismiss the said action with costs."

**Richer*, p 26. } Les peines qui sont en usage, parmi nous,
 } peuvent se réduire à deux espèces : elles sont
 pécuniaires ou corporelles.

Les peines pécuniaires sont celles qui consistent à payer

[ARTICLE 32.]

quelque somme d'argent à la partie lésée, par forme de dommages et intérêts, pour réparation de quelque tort ou injure. Les peines corporelles sont celles qui affligent le corps; c'est pourquoi on les appelle aussi peines afflictives. Elles sont ou capitales ou non capitales.

On appelle capitales celles qui font perdre la vie naturelle, ou la vie civile au criminel.

*C. N., 23. } La condamnation à la mort naturelle empor-
tera la mort civile.

33. Toutes autres peines afflictives perpétuelles emportent aussi la mort civile.	33. Civil death also results from the condemnation to any other corporal punishment for life.
--	--

Voy. *Blackstone*, Guyot et Pothier, cités sous l'art. 31.

* *Pothier, Des personnes*, } La mort civile n'est pas parmi
Tit. 3, S. 2. p. 595. } nous une peine particulière, prononcée contre ceux qui ont commis quelque crime grave; elle est au contraire une suite d'une condamnation à une autre peine qui y donne lieu.

10. Celui qui a été condamné à la mort naturelle, encourt la mort civile, lorsque la condamnation ne peut être exécutée. On ne doit plus en effet regarder comme existans ceux qui ont été jugés mériter le dernier supplice.

20. Celui qui a été condamné aux galères à perpétuité, est réputé mort civilement : il devient même en quelque sorte esclave de la peine. Nous disons à perpétuité; car s'il n'y était condamné que pour un temps, quelque long qu'il fût, il ne pourrait y avoir lieu à la mort civile.

[ARTICLE 33.]

30. Le bannissement à perpétuité, et hors du royaume, emporte mort civile ; mais il faut que ces deux circonstances concourent. Le bannissement à perpétuité d'un lieu, ou du royaume pour un temps, ne donne pas lieu à la mort civile ; car la mort civile étant une image de la mort naturelle, elle doit avoir un effet perpétuelle. *Nec enim quis ad certum tempus intelligitur mori.*

* *Pothier, Successions,* } Ces peines sont celles de la
ch. 1, § 3, p. 5. } mort naturelle, des galères à perpétuité, du bannissement perpétuel hors le royaume.

* *Richer, p. 26 et suiv.* } Il y a plusieurs sortes de peines
 } qui font perdre la vie civile, sans
 donner la mort naturelle....

Quoiqu'il en soit, la condamnation aux galères est ou perpétuelle ou pour un temps. Dans le premier cas, elle emporte mort civile... La raison est que cette condamnation ôte entièrement, et pour toujours, la liberté naturelle, sans laquelle on ne peut pas jouir des droits de cité : elle en est la base et le fondement. Un homme condamné aux galères à perpétuité est esclave de la peine....

Le bannissement est la défense faite à un criminel d'habiter dans le ressort de la justice du juge qui l'a condamné, ou dans la province entière, ou même dans tout le royaume. Les auteurs font dériver ce mot de *Ban*, qui signifie proclamation ; parcequ'on publiait autrefois les bannissements prononcés en jugement.... On bannit à perpétuité ou pour un temps. Le bannissement pour un temps, ne peut pas opérer la mort civile ; non plus que le bannissement d'une juridiction ou d'une province, quand il serait à perpétuité ; parcequ'il est contraire à l'ordre naturel, qu'un homme puisse être réputé mort pour un temps seulement, ou pour un lieu du royaume ; tandis qu'il serait regardé comme vivant partout ailleurs. A

[ARTICLE 33.]

l'égard du bannissement à perpétuité hors du royaume, il opère la mort civile. La raison est que celui qui y est condamné, ne pouvant plus vivre avec les citoyens, dont on le force d'abandonner la compagnie, il ne peut pas contracter avec eux, il ne peut pas jouir des privilèges réservés à ceux-là seulement qui vivent en France, et que la patrie regarde comme ses enfants. Il n'est pas mis non plus au rang des étrangers, puisque s'il conservait cette qualité, il jouirait encore de la vie civile.....

Id. p. 33, } Cela posé, il est constant, et nous avons sous les
 } yeux des exemples fréquents, que les juges, pour des considérations particulières, condamnent quelquefois à une prison perpétuelle : mais cette condamnation ne s'exécute jamais dans les prisons ordinaires des juridiction. Le coupable est toujours renfermé dans une maison de force. Cette peine, suivant le sentiment des auteurs, fait perdre la vie civile. Celui qui y est condamné est banni pour jamais de la société. En un mot, il a perdu sa liberté, sans laquelle on ne peut jouir de la vie civile.

34. Les incapacités résultant, quant aux personnes qui professent la religion catholique, de la profession religieuse par l'émission de vœux solennels et à perpétuité dans une communauté religieuse reconnue lors de la session du Canada à l'Angleterre et approuvée depuis, restent soumises aux lois qui les réglaient à cette époque.	34. The disabilities which result as regards persons professing the catholic religion, from religious profession by solemn and perpetual vows made by them in a religious community recognized at the time of the cession of Canada to England and subsequently approved, remain subject to the laws by which they were governed at that period.
--	---

[ARTICLE 34]

* *Pothier, Des personnes,* } Quoiqu'il n'y ait parmi nous
tit 3, p. 587. } qu'une vie civile, qui produit les
 mêmes effets, à l'égard de tous ceux qui l'ont encourue, on
 distingue cependant, si l'on considère la cause qui produit
 la mort civile, deux sortes de morts civilement. Les uns
 sont ceux qui ont encouru la mort civile par l'abdication vo-
 lontaire qu'ils ont faite d'eux-mêmes des droits de la vie civile
 par leur profession dans un ordre religieux. Les autres sont
 ceux qui ont encouru la mort civile par la condamnation à
 une peine, dont elle est la suite nécessaire.

Id., tit. 3, s. 1, p. 587. } La profession religieuse consiste
 } dans la séparation du siècle,
 et par conséquent renferme l'abdication volontaire de
 tous les droits que donne la vie civile. La profession re-
 ligieuse, qui fait perdre la vie civile, se consomme pas l'é-
 mission des vœux solennels.

Pour que les vœux soient solennels, il faut que cinq choses
 concourent. 1^o Que l'ordre, dans lequel ils sont faits, soit
 approuvé dans l'Eglise et dans l'Etat. 2^o Qu'ils soient reçus
 par un supérieur qui en ait le pouvoir par les constitutions
 de l'ordre. Nous ne reconnaissons pas dans nos mœurs de
 professions tacites, quoique quelques-unes de nos coutumes
 en fassent mention : et il en résulte que, lorsqu'il est certain
 qu'un religieux n'a pas fait de vœux solennels, le seul habil-
 lements ne peut les suppléer. 3^o Que celui qui les prononce
 ait l'âge requis. Celle de Blois avait réduit à seize ans ac-
 complis le temps de la profession, qui, auparavant, suivant
 l'ordonnance d'Orléans, ne pouvait être qu'à l'âge de vingt-
 cinq ans pour les mâles et vingt ans pour les filles. Mais,
 par Edit du mois de Mars 1768, l'âge requis a été fixé, à comp-
 ter du premier Janvier 1769, à vingt-un ans accomplis pour
 les hommes, et à dix huit ans aussi accomplis pour les filles
 Celui ou celle qui, étant nés le soir, ferait profession le ma-
 tin du dernier jour de la 21^e ou 18^e année, ferait-il cette pro-
 fession valablement ? Non ; car, tant qu'il reste quelques mo-

[ARTICLE 34.]

mens, il est vrai de dire que l'année n'est pas accomplie. On peut tirer en argument la Loi 3, § 3, *de minor*, 25 annis, qui décide qu'une personne est encore mineure de vingt-cinq ans le dernier jour de sa 25^e années avant l'heure à laquelle elle née, l'année devant se compter à *momento ad momentum*.

—4^o Il faut qu'il y ait au moins un an d'intervalle entre le jour auquel le religieux a pris l'habit de religion, et celui de sa profession, suivant qu'il est porté par l'ordonnance de Blois. La même loi défend d'admettre aucune fille à profession, qu'elle n'ait été examinée par l'Evêque, ou par un de ses Grands Vicaires, et que la cause ne leur ait parue l'égitime et valable.

Nos Rois ont voulu qu'il y ait des actes de vêtture et de profession qui en assurent la vérité. Ils ont à cet effet ordonné qu'il y eût dans chaque monastère et maison religieuse un registre en bonne forme, relié, coté et paraphé en tous ses feuillets par le Supérieur, et approuvé par un acte capitulaire, inséré au commencement. *Ordonnance de 1667, Tit. 20, art. 15.* La déclaration de 1736, veut que chaque acte et registre soit double, l'un desquels doit demeurer à la communauté, et l'autre être porté au greffe du baillage du lieu, pour y avoir recours.

Chaque acte de vêtture, ainsi que de profession, doit être inscrit sur ce registre, signé de celui qui a pris l'habit ou fait profession, du Supérieur et de deux témoin. *Art. 16, Tit. 20, Ord. de 1667.*

5. Il faut que la profession ait été volontaire.

Id., p. 589. } Lorsque la profession est solennelle, lorsqu'elle est faite avec toutes les formalités requises par les Canons de l'Eglise et les Lois de l'Etat, le religieux devient incapable de tous effets civils: l'ordre dans lequel il entre forme bien un corps dans l'Etat, qui peut acquérir des droits, posséder des biens et exercer les actions qui en résultent; mais les particuliers qui le composent ne sont plus censés y exister.

[ARTICLE 34]

* *Pothier, Succ.*, } Celui qui fait profession religieuse, est
ch. 1, § IV, p. 6 } censé jouir encore de la vie civile au moment qu'il l'abdique volontairement par la profession, et par une fiction semblable à celle de la loi *Cornelia* ; il est censé mourir en cet instant auquel il jouit encore de la vie civile : il est par conséquent encore capable de transmettre sa succession. C'est pourquoi sa profession donne lieu à sa succession, mais quand une fois il est religieux et a fait profession, il n'est plus capable de transmettre à ses parens la succession de ce qu'il peut acquérir par la suite. 1^o Parcequ'il ne jouit plus de l'état civil, ni par conséquent du droit de transmettre ses biens par succession, qui en fait partie. 2^o Parceque sa qualité de Religieux l'empêchant de pouvoir avoir rien en propre, tout ce qu'il acquiert, il est censé l'acquérir à son monastère, le monastère les retient *jure peculii*. Il faut excepter de cette décision le Religieux-Evêque, l'éminence de cette dignité lui rend la vie civile, et l'affranchit de la puissance des Supérieurs monastiques ; c'est pourquoi il transmet à ses parents sa succession.

* *Id.*, *ch. 3*, } La profession religieuse que fait une per-
 § 2, *p. 125.* } sonne lui faisant perdre la vie civile, donne ouverture à sa succession.

* *Pothier, Mariage*, } La dispense de l'empêchement de la
No. 264. } profession religieuse peut encore moins s'obtenir. Quand même le Pape aurait dispensé un religieux de ses vœux, et lui aurait permis de se marier, ce religieux, par sa profession religieuse, a perdu l'état civil, et qui est regardé de l'ordre civil comme mort, et comme n'existant point, ne pourrait pas contracter un mariage qui eût les effets civils ; car l'état civil étant dans l'ordre politique, la puissance du Pape, qui est toute spirituelle, et qui ne peut être exercée en France sur le temporel, et sur les choses qui sont de l'ordre politique, ne peut pas rendre à ce religieux, par la dispense

[ARTICLE 34]

qui lui serait accordée de ses vœux, l'état civil qu'il a perdu : il n'y a que le Roi qui puisse alors le rendre à ses sujets. Le cas d'un religieux qui a obtenu une sentence de l'official de son Diocèse, qui déclare nuls les vœux de religion qu'il a faits, est un cas très-différent. L'official, étant, suivant nos lois, compétent pour juger de la validité ou invalidité des vœux, qui est en matière spirituelle, la sentence de cet official fait une foi juridique, que la profession religieuse de ce prétendu religieux, n'a pas été valablement faite ; d'où on tire la conséquence qu'il n'a jamais perdu l'état civil, qui ne peut se perdre que par une profession valablement faite ; et par conséquent rien n'empêche que cette personne, qui n'a été religieux qu'en apparence, *habitu tenus*, et qui ne l'a jamais été véritablement, ne puisse contracter un mariage qui ait les effets civils. L'official ne rend pas à cette personne l'état civil qu'elle n'a jamais perdu. Il ne prononce pas même directement sur l'état civil de cette personne, qui n'est pas de sa compétence : il ne prononce que sur l'invalidité des vœux ; et ce n'est que par une conséquence qu'on tire de la sentence, qu'on juge que cette personne n'a jamais perdu l'état civil.

* *Pothier, Intr. aux Cout.* } On perd la vie civile de deux
d'Orl., No. 28. } manières. La première est lorsqu'on renonce volontairement au siècle et à la société civile, par la profession religieuse dans un ordre approuvé par les lois du Royaume.

Le religieux qui a obtenu du Pape dispense de ses vœux, ne recouvre pas par cette dispense la vie civile ; car le Pape n'a aucun pouvoir dans ce royaume sur tout ce qui est de l'ordre politique, tel qu'est l'état civil des personnes ; le roi seul peut restituer la vie civile à ceux qui l'ont perdue.

* *Cout. de Paris, art. 337.* } Religieux et religieuses profès
 } ne succèdent à leurs parents, ni le monastère pour eux.

[ARTICLE 34.]

* *Ordonnance de 1667*, } Sers tenu registre des tonsures, des or-
Tit. 20, art. 15. } dres mineurs et sacrés, vestures, novi-
ciats et professions de vœux ; sçavoir aux archevêchés et évê-
chés pour les tonsures, ordres mineurs et sacrés ; et aux com-
munautés régulières pour les vestures, noviciats et profes-
sions. Lesquels registres seront en bonne forme, reliés et les
feuillets paraphés par premier et dernier par l'archevêque ou
évêque, ou par le Supérieur ou la Supérieure des maisons
religieuses, chacun à son égard ; et seront approuvés par un
acte capitulaire inséré au commencement du registre.

Ibid., *art. 16.* } Chacun acte de vesture, noviciat et profes-
} sion sera écrit de suite sans aucun blanc, et si-
gné tant par le Supérieur et Supérieure que par celui qui
aura pris l'habit ou fait profession, et par deux des plus pro-
ches parents ou amis qui y auront assisté ; dont le Supérieur
ou la Supérieure seront tenus de délivrer extrait vingt-quatre
heures après qu'ils en auront été requis.

* *Richer*, *p. 16.* } Nous reconnaissons encore, dans notre
} droit, une autre source de la mort civile :
mais qui, loin d'être infamante et forcée, comme la pre-
mière, est au contraire honorable et volontaire ; c'est celle
qui résulte de la profession en religion.

Ceux, que le désir du salut porte à contracter cette sorte
d'engagement, renoncent à tous les avantages de la vie civile.
Ils renoncent à la propriété, et à la jouissance même de tous
les biens temporels, dont ils se dépouillent, au moment même
qu'ils prononcent leurs vœux ; et cette renonciation est sans
retour. Ils deviennent donc incapables de tous les effets de
la vie civile ; ils sont, par conséquent, regardés comme morts
civilement. Cette matière sera le sujet de la troisième partie
de cet ouvrage.

[ARTICLE 34.]

* *Id.*, 3e. partie, } La mort civile dont nous avons parlé dans
 p. 546. } les deux premières parties de ce traité est le
 fruit du crime. Celle-ci est le fruit de la piété. L'avarice, la
 vengeance ou la jalousie sont, pour l'ordinaire, les chemins
 qui conduisent à la première. Celle-ci, au contraire, n'a
 d'autre source qu'un abandon général de tout ce qui peut
 flatter le plus dans le monde. La première est infamante.
 Celle-ci est honorable. La première est forcée et involon-
 taire. La seconde est toujours libre dans son principe, quoi-
 qu'elle devienne irrévocable dans la suite.

Id., p. 596. } Par profession, on entend l'émission faite
 } solennellement et suivant les lois de l'Eglise
 et de l'Etat, des vœux qui lient le religieux, à l'ordre dans
 lequel il veut s'engager. La bénédiction solennelle et pu-
 blique et les autres cérémonies qui s'observent aujourd'hui
 dans la profession, étaient inconnues à Saint Antoine et aux
 autres anciens moines. L'on ignore quand cet usage a com-
 mencé.

Id., p. 597. } La profession contient trois vœux, à l'obser-
 } vation desquels le profès s'engage, soit tacite-
 ment, soit explicitement. Ces trois vœux sont celui d'obéis-
 sance, celui de pauvreté et celui de chasteté.

Id., p. 607. } La profession en religion est un joug qui
 } dure autant que la vie de celui qui se l'es-
 impose, elle fait perdre pour toujours la qualité de citoyen.
 Celui qui s'y est engagé s'est dépouillé non-seulement de
 tous ses biens ; mais de sa propre liberté. Il ne peut plus
 disposer de sa personne. C'est pourquoi les lois canoniques
 et civiles se sont réunies pour apporter toutes les précautions
 possibles, afin d'empêcher qu'on ne soit surpris ou contraint,
 en se liant, par la profession religieuse.....

Selon la doctrine des anciens conciles, les enfants entraient
 dans les monastères ou de leur propre volonté, ou de l'auto-
 rité de leurs parens. *Monachum aut paterna devotio, aut pro-*

[ARTICLE 34.]

pria professio facit, dit le 4e concile de Tolède, can. 48. Mais les paroles qui suivent immédiatement celles-ci paraissent étonnantes. *Quidquid horum fuerit alligatum, tenebit. Proinde his ad mundum revertendi intercludimus aditum, et omnes ad sæculum interdicimus regressus. Caus. 20. q. 1. c. 3.* Il semble que les pères étaient alors les souverains arbitres de la condition de leurs enfans, et que lorsqu'ils les avaient voués à Dieu et présentés aux monastères, il n'était plus au pouvoir des enfans de résister à cette destination.

Id., p. 608. } L'abus que l'on faisait de cette pratique for-
ça d'y apporter des tempéramens.

Id., p. 609. } Suivant le droit des décrétales, l'âge de pu-
berté suffit pour faire profession en religion,
cap. 8, 11 et 12. ex. de regular... Il paraît que ça été longtemps l'usage de l'Europe, si l'on en excepte la France, où l'ordonnance des Etats d'Orléans qui paraît être la première où il soit question de cette matière, fixe, art. 19, l'âge pour faire profession à 25 ans pour les hommes et 20 ans pour les filles.

Id., p. 610. } Le Concile de Trente, postérieur à cette or-
donnance, fixa l'âge à seize ans accomplis....
L'ordonnance d'Orléans fut exécutée en France jusqu'au temps de celle qui fut faite aux Etats de Blois, c'est-à-dire pendant environ dix-neuf ans ; la première étant du mois de Janvier 1560 et l'autre du mois de mai 1579. Celle-ci, conformément au Concile de Trente, fixa l'âge à seize ans accomplis.

Id., p. 612. } ...Comme c'est l'acte baptistaire seul qui fait
la preuve de l'âge, et que l'heure de la nais-
sance des enfans n'est point marquée dans les registres de bap-
tême, les parlemens veulent qu'il ne soient admis à la pro-
fession religieuse, qu'après que le dernier jour de leur seizième année s'est écoulé tout entier....

[ARTICLE 34.]

Au reste, quoique le Concile de Trente ait fixé à 16 ans l'âge où l'on peut être capable de faire profession en religion, cette disposition n'empêche pas qu'on ne doive exécuter les constitutions des ordres religieux qui demandent un âge plus avancé.

Id., p. 614. } Le noviciat est un temps pendant lequel celui qui se destine à la vie religieuse essaie si elle lui convient, et s'il est en état de la soutenir; et pendant lequel les religieux examinent de leur côté s'ils pourront vivre en société avec celui qui veut s'aggrég~~er~~er parmi eux.

Id., p. 624. } Tant que dure le noviciat, et que les vœux ne sont point prononcés, le novice a toujours la liberté de quitter le monastère et de rentrer dans le monde.

Id., p. 633. } L'engagement que l'on contracte par les vœux en religion doit être absolument libre. La plus légère apparence de contrainte dans ce consentement lui conserve tous ses droits. Tous les canons, toutes les ordonnances du royaume, la jurisprudence de tous les parlements, et tous les auteurs ne respirent que cette vérité, quand ils parlent de la profession religieuse. Des vœux ne sont regardés comme vœux qu'autant qu'on est sûr que ce lui qui les prononce, ne s'y est déterminé qu'après une mûre réflexion, et sans y avoir été contraint par aucune menace, ni par aucune crainte.

Id., p. 639. } Pour concilier ces arrêts, il faut poser pour maxime que le consentement des parents n'est pas requis indispensablement pour la validité des vœux en religion, comme il l'est pour la validité d'un mariage en fait de mineur.

Id., pp. 643 } Les décrétales admettent des professions et 644. } sans aucune solennité et même sans qu'il soit besoin, pour qu'elles aient lieu, de prononcer aucune parole. Il suffit pour les rendre valables, que celui à qui on les impute ait fait quelque acte extérieur qui dénote en lui le désir d'être religieux. Les canonistes appellent ces profes-

[ARTICLE 34.]

sions des professions tacites... Le Concile de Trente n'a point abrogé la profession tacite.....

Cependant cette profession tacite n'a plus lieu dans nos mœurs. L'ordonnance de Moulins, donnée en 1566, art. 55, ordonne que les preuves de profession du vœu monastique seront reçues par lettres et non par témoins. Ainsi elle exige nécessairement que les professions soient expresses.

Id. p. 644. } La disposition de cette ordonnance a été confirmée par une déclaration de Charles IX du mois de Juillet de la même année 1566. Aussi voyons-nous des auteurs fort anciens et fort accrédités qui ont regardé l'usage des professions tacites comme aboli. (Dumoulin sur art. 249, Coutume de Blois.—Tronçon sur art. 337, Coutume de Paris.—Brodeau sur Louet, lettre C. Somm. 8. n. 42.)

Il y a cependant quelques auteurs, même parmi les modernes qui paraissent d'un sentiment contraire. (Le Maistre, Comm. Cout. de Paris ; Le Prêtre, cent. 1, ch. 28 ; Coquille, décision 247.)

Id., p. 647 et } ...Mais il n'est pas permis de douter que les suiv. } professions doivent être expresses....

Il est intéressant pour l'Etat en général, et pour les particuliers qu'il n'y ait point de doute sur l'existence d'une profession... C'est pour prévenir ces inconvénients que les ordonnances ont apporté les précautions les plus sages, pour rendre certaine, d'une façon qui ne laisse rien à désirer, l'émission des vœux. Nous avons déjà observé que l'ord. de Moulins, art. 55, décide que les preuves des professions du vœu monachal seront reçues par lettres, et non par témoins. Et la déclaration du 10 Juillet de la même année porte art. 12, que registre sera dorénavant fait de la profession monachale, qui sera envoyé au Greffier du Juge ordinaire, pour y avoir recours quand besoin sera.

[ARTICLE 34.]

L'ord. de 1667, Titre 20, arts. 16, 17, 18, est encore plus précise.

...On voit que la loi ne se contente pas de prendre des mesures pour constater l'émission des vœux, et la solennité de la profession, elle veut que le jour de la prise d'habit et de l'entrée au noviciat soit également certain, et déposé dans des registres publics ; afin que l'on puisse juger s'il y a eu une année d'intervalle entre l'un et l'autre ; parceque la validité de la profession dépend de cette formalité.

Id., p. 649. } ...La déclaration du 9 avril 1736, en renouvelant les dispositions contenues dans l'ord. de 1667 y a ajouté des formalités qui tendent à assurer d'avantage l'état des hommes.

Id., p. 651. } Mais on peut demander ici, si le défaut de registres tenus en la forme prescrite par l'ordonnance de 1667. et par la déclaration de 1736, est toujours un moyen suffisant pour faire annuler des vœux ? Nous allons rapporter sur ce sujet, quelques arrêts....

Id., p. 659. } Ces arrêts, quoiqu'opposés entre eux, sont tous conformes à l'esprit de nos ordonnances sur cette matière. Dans une matière, aussi importante que celle que nous traitons ici, où il s'agit de l'état et de la liberté des citoyens, de la tranquillité des familles, et d'un point essentiel de discipline ecclésiastique, on ne saurait trop prendre de mesures pour constater l'engagement en religion....

Ainsi toutes les fois que ces formalités n'ont point été observées, et qu'il n'y a point de circonstances particulières qui puissent suppléer à ces formalités, pour rendre la vérité du fait constante ; il est certain que le défaut d'observation forme une nullité radicale.

Id., p. 660. } La nécessité prescrite par l'ord. 1667, de la signature du supérieur ou de la supérieure, donne assez à entendre qu'il n'y a que l'abbé ou le prieur, l'ab-

[ARTICLE 34.]

besse ou la prieure, ou tout autre supérieur ou supérieure, quelqu'en soit le nom et la désignation, qui puisse recevoir la profession, s'il n'y a une délégation de sa part, et spéciale à cet effet, en faveur de quelqu'autre religieux ou religieuse. Voyez Expilly, ch. 26 de ses arrêts. Cette règle générale souffre une exception : c'est l'usage introduit dans plusieurs monastères de faire recevoir par un simple religieux. *Consuetudo enim cujusque loci servanda est.*

Id., p. 661. } Toute profession qui serait faite dans un
de plein droit. } ordre non approuvé par l'église serait nulle

Id., p. 662. } Il faut que le religieux dans le temps qu'il
fait profession, ne soit atteint d'aucune ma-
ladie incurable qui puisse l'empêcher de remplir ses devoirs.

Id., p. 679. } ...Il est de règle par toute la France, que les
religieux sont morts civilement. C'est un
principe fondé sur l'autorité des lois, (Ord. de François I,
donné à Chateaubriant en 1532 ; d'Orléans 1560, de Blois 1579)
que nous venons de citer, sur le témoignage de tous les au-
teurs, et sur la jurisprudence constante et uniforme de tous
les parlemens et de tous les tribunaux du royaume.

Id., p. 750. } Il faut encore convenir que le religieux n'a
aucune action contre celui avec lequel il a
contracté : mais d'un côté, il est certain que celui qui a fait
un contrat avec un religieux, dont il connaissait l'état, ne
peut pas lui opposer la nullité du contrat résultant de l'inca-
pacité de ce religieux ; parce qu'une telle exception serait fon-
dée sur la mauvaise foi, que la loi et la justice ne protègent
jamais.

D'un autre côté, ce n'est pas le religieux qui agit contre celui qui s'est obligé envers lui. C'est le couvent auquel appartiennent toutes les acquisitions faites par un de ses moines. Or, un couvent a un être civil dans l'Etat, quoique les particuliers qui le composent n'en aient point.

[ARTICLE 34]

Id., p. 751. } Nous disons donc que lorsqu'un religieux
 } a fait quelques acquisitions en son privé
 nom, nonobstant son incapacité, elles appartiennent à son
 couvent, qui a droit de s'en emparer ; et l'on peut regarder
 cette maxime comme un principe général.

Le droit canon prononce des peines très graves contre les religieux qui auront amassé un pécule distinct et séparé de la masse du couvent....Mais il y a une exception à cette règle générale. C'est le cas où le religieux possède un bénéfice. Son supérieur, en le lui conférant, le sécularise en quelque manière à cet effet, et nous croyons que dans ce cas il faut admettre une distinction.

Nous ne doutons point que le religieux ne soit capable de recevoir le prix des baux à ferme concernant les biens de son bénéfice, et de faire tous les actes onéreux concernant l'administration de ce bénéfice, nous ne doutons point encore qu'il ne soit capable d'acquérir des meubles de toute espèce. Mais s'il acquérait un immeuble, on ne peut pas douter que la propriété n'en appartint sur le champ au couvent, qui aurait droit de s'en emparer.

* Voy. Blackstone, cité sous l'art. 31.

* 1 *Stephens*, 137-138. } Civil death also took place formerly
 } where any man, abjured the realm,
 by the process of the common law, or entered into religion ;
 that is, went into a monastery, and became there a monk
 professed : in which cases he was absolutely dead in law,
 and his next heir should have his estate....But since the re-
 formation, this disability is held to be abolished.

* 1 *Coke upon Littleton*, } It is to be observed that a man
sec. 200, 131 b, 132 a. } doth enter into religion at his
 first comming, and liveth under obedience ; but he is not

[ARTICLE 34.]

professed till a yeare be past, or some time of probation. And he is said to be professed when he hath taken the habit of religion, and vowed three things, obedience, wilful poverty and perpetual chastity... He is dead in the law. *Civiliter mortuus* or *mortuus sæculo*. There is death in deede, and there is a civil death, or a death in law, *mors civilis* and *mors naturalis*, as here it appeareth.... But yet to three purposes, profession, that is civil death hath not the effect of natural death...

...Thirdly, it shall not work any wrong or prejudice to a stranger that hath a former right; and therefore if the disseisor entreth into religion, and is professed, so as the land descends to his heire, yet this descent shall not tolle the entrie of the disseisee.

* 7 *Comyn's digest*, p. 134, } By the St. 31 H. 8. 6.—33 H. 8.
 v. profession. } 29 and 5 and 6 Ed. 6. 13, all persons professed were made able to purchase, sue, &c. So, the canon law being abolished, which made the disability, the common law takes no notice of him.

Consultez Ordonn. de 1743 concernant les Ordres Religieux, 1 vol. Edits et Ordonn., p. 576 et suiv.

SECTION 11.

DES EFFETS DE LA MORT CIVILE.

35. La mort civile emporte la perte de tous les biens du condamné, lesquels sont acquis au souverain à titre de confiscation.

SECTION 11.

OF THE EFFECTS OF CIVIL DEATH.

35. Civil death carries with it the loss of all the property of the party attainted, which is confiscated to the crown.

* *Coutume de Paris* } Qui confisque le corps, il confisque
 Art. 183. } les biens.

[ARTICLE 35.]

* 4 *Blackstone*, } When sentence of death, the most
 pp. 380–381. } terrible and highest judgment in the
 laws of England, is pronounced, the immediate inseparable
 consequence from the common law is *attainder*. For when
 it is now clear beyond all dispute, that the criminal is no
 longer fit to live upon the earth, but is to be exterminated
 as a monster and a bane to human society, the law sets a
 note of infamy upon him, puts him out of its protection,
 and takes no farther care of him than barely to see him exe-
 cuted. He is then called attaint, *attinctus*, stained or black-
 ened. He is no longer of any credit or reputation ; he cannot
 be a witness in any court : neither is he capable of perfor-
 ming the functions of another man : for, by an anticipation
 of his punishment ; he is already dead in law.

This is after *judgment*, for there is great difference between
 a man *convicted* and *attainted* ; though they are frequently
 through inaccuracy confounded together. After conviction
 only a man is liable to none of these disabilities ; for there
 is still in contemplation of law a possibility of his innocence.
 Something may be offered in arrest of judgment : the indict-
 ment may be erroneous, which will render his guilt uncer-
 tain, and there upon the present conviction may be quashed :
 he may obtain a pardon, or be allowed the benefit of clergy :
 both wick suppose some latent sparks of merit, which plead
 in extenuation of his fault. But when judgment is once
 pronounced, both law and fact conspire to prove him com-
 pletely guilty ; and there is not the remotest possibility left
 of any thing to be said in his favour. Upon judgment there-
 fore of death, and not before, the attainder of a criminal
 commences : or upon such circumstances as are equivalent
 to judgment of death ; as judgment of outlawry on a capital
 crime, pronounced for absconding or fleeing from justice,
 which tacitly confesses the guilt. And therefore either upon

[ARTICLE 35.]

judgment of outlawry, or of death, for treason or felony, a man shall be said to be attainted.

The consequences of attainder are forfeiture and corruption of blood.

Forfeiture is twofold ; of real and personal estates,

* *Pothier, Introd. aux Cout. d'Orl.*, } Lorsque quelqu'un a
Tit. XVII, sec. VIII, p. 615. } perdu son état civil par
 une condamnation à peine capitale, les Seigneurs hauts-justiciers ont droit de succéder aux biens qui se trouvent dans leur territoire. Dans tous ces cas le Roi et les Seigneurs hauts-justiciers succèdent aux biens de ces personnes comme à des biens vacans, et non à la personne.

Ibid., Tit. XVII sur art. } Observez qu'en matière de
 331, p. 638. } confiscation, les meubles ne suivent pas le domicile de la personne du défunt, comme en matière de succession ; ses biens meubles appartiennent aux Seigneurs, comme biens vacans : or, chaque Seigneur a droit de s'approprier tous les biens vacans qu'il trouve en sa justice.

* 11 *Guyot, Répert.*, } La mort civile produit à l'égard de
 p. 637. } la société, le même effet que la mort naturelle ; elle rompt absolument tous les liens qui étaient entre elle et celui qui l'a encourue, il n'est plus censé exister que par une sorte de commisération absolument indépendante des lois.

Il perd tous ses droits, tous ses biens corporels et incorporels, soit qu'il les ait reçus de la nature ou de la libéralité d'un donateur, soit qu'il les ait acquis par son industrie ou par toute autre voie.

Chez les Romains, celui qui était condamné au dernier supplice perdait son état, son droit de cité et sa liberté ; *qui ul*

[ARTICLE 35.]

timo supplicio damnantur, statum, civitatem et libertatem perdunt. Telle est la disposition de la loi 29, au digeste, qui traite des peines. Notre législation, plus rigoureuse encore, y a ajouté la confiscation des biens. N'ayant plus de qualité pour posséder ces biens, n'étant plus censé habiter en aucun lieu, celui qui subit une condamnation capitale ne peut les transmettre, à ses enfants, et à plus forte raison à ses héritiers. On ne peut douter que le droit de succéder et de transmettre ne soit parmi nous du droit civil.

* 2 *Pandectes Françaises*, } La première disposition de
 p. 174-5. } l'art. 25, (C. N.) porte que la suc-
 cession du condamné à une peine qui emporte la mort civile,
 est ouverte au profit de ses héritiers. Cette décision est une
 suite de la règle, que la confiscation n'a plus lieu en France.
 Autrefois que la maxime contraire était reçue, la succession
 ne s'ouvrait point au profit des héritiers du condamné. Elle
 ne s'ouvrait pas non plus au profit de celui à qui appartenait
 le droit de confiscation ; car la confiscation n'était pas un
 droit d'hérédité. Ce n'était pas à titre de succession, que ce-
 lui à qui appartenait la confiscation, prenait les biens, mais
 par un droit qui lui était propre, et attaché à sa qualité. Nous
 disons celui à qui appartenait la confiscation, parce qu'elle n'é-
 tait pas exclusivement propre au roi. Elle était un apanage
 de la justice. Elle était, en conséquence, acquise au Seigneur
 haut-justicier, dans la seigneurie duquel le crime avait été
 commis ; et à celui qui était alors Seigneur. (Brodeau, sur
 cout. de Paris, art. 183, n. 24.) Ce droit n'était point général.
 Il y avait plusieurs coutumes qui ne l'admettaient point.

* *Richer*, } C'est un principe constant parmi nous, qu'un
 p. 46-47. } criminel conserve son état de citoyen, avec les
 prérogatives qui y sont attachées, jusqu'au moment de la

[ARTICLE 35.]

condamnation. Il faut qu'elle soit prononcée par les magistrats dépositaires de la justice du souverain. La mort civile n'est point une peine par elle-même : elle n'est que l'accèssoire, la suite d'une peine ; ou pour mieux dire, c'est l'état d'un homme condamné soit à la mort naturelle, soit à une peine dont il doit porter le joug jusqu'à la fin de sa vie.

Id., p. 337- } La confiscation des biens, quand elle procède
338. } d'un crime commis par celui à qui ils appartiennent, ne peut jamais avoir lieu qu'en conséquence d'une condamnation ; et il faut que cette condamnation emporte mort civile... Les biens ne peuvent être confisqués que le corps ne le soit aussi.

Comme les biens ne peuvent être confisqués, que le corps ne le soit aussi, il y a des crimes, même atroces qui semblent ne pas emporter la confiscation. Tel est l'homicide de soi-même ; tel est encore le duel ; surtout relativement à ceux qui sont tués dans le combat. La raison de douter est que le crime n'étant consommé que par la mort du coupable, il semble que son corps ne puisse pas être confisqué. On ne peut plus lui infliger aucune peine.

Consultez 1 *Revue Légale*, p. 473.

* *C. N.*, 25. } Par la mort civile, le condamné perd la pro-
} priété de tous les biens qu'il possédait : sa succession est ouverte au profit de ses héritiers, auxquels ses biens sont dévolus, de la même manière que s'il était mort naturellement et sans testament.

Il ne peut plus ni recueillir aucune succession ni transmettre, à ce titre, les biens qu'il a acquis par la suite.

Il ne peut ni disposer de ses biens, en tout ou en partie, soit par donation entre-vifs, soit par testament, ni recevoir à ce titre, si ce n'est pour cause d'alimens.

[ARTICLE 35.]

Il ne peut être nommé tuteur, ni concourir aux opérations relatives à la tutelle.

Il ne peut être témoin dans un acte solennel ou authentique, ni être admis à porter témoignage en justice.

Il ne peut procéder en justice, ni en défendant, ni en demandant, que sous le nom et par le ministère d'un curateur spécial, qui lui est nommé par le tribunal où l'action est portée.

Il est incapable de contracter un mariage qui produise aucun effet civil.

Le mariage qu'il avait contracté précédemment, est dissous quant à tous ses effets civils.

Son époux et ses héritiers peuvent exercer respectivement les droits et les actions auxquels sa mort naturelle donnerait ouverture.

36, § 1. La personne		36, § 1. A person civilly
morte civilement ne peut :		dead.
1o. Recueillir ni trans-		1o. Cannot take or trans-
mettre à titre de succession.		mit by succession.

* ff. Lib. 37, Tit. 1, L. 13, } Edicto Prætoris bonorum pos-
de bonorum possessionibus. } sessio his denegatur, qui rei ca-
 pitalis damnati sunt, neque in integrum restituti sunt. Rei
 autem capitalis damnatus intelligitur is cui pœna mors, aut
 aquæ et ignis interdictio sit. Cum autem in relegationem
 quis erit, ad bonorum possessionem admititur.

* 2 *Pandectes Franc.*, } Le § 1er de notre article, ne de-
 p. 183. } mande aucune explication. Dès qu'il
 est reçu que le condamné à une peine qui emporte la mort
 civile, a perdu l'exercice des droits civils ; il s'ensuit néces-
 sairement qu'il ne peut plus succéder, ni activement, ni pas-

[ARTICLE 36, § 1.]

sivement ; c'est-à-dire, ni recueillir, ni transmettre. Il n'a plus d'héritiers : il ne l'est plus de personne.

Cette règle, d'ailleurs incontestable, est fondée sur les lois romaines, *Edicto Prætoris* &c (L. 13. ff de B. p.) Si quâ pœnâ pater fuerit affectus, ut vel civitatem amittat, vel servus pœnæ efficiatur, sine dubio nepos, filii loco, succedit (L. 7, ff. de his qui sui, vel al. jur.) On voit, par ce dernier texte, que quand le condamné occupe un degré dans l'ordre successif, la succession est dévolue au degré suivant.

* *Pothier, des Pers.,* } Nous ne distinguons pas, ainsi que
Tit. III, p. 587. } les Romains, deux sortes de morts civiles ; l'une qui emporte la privation de tous les avantages établis, soit par le droit civil, en faveur des citoyens, soit par le droit des gens, en faveur de tous les hommes libres ; l'autre qui ne privait que des premiers, sans donner atteinte aux seconds. Dans nos mœurs, nous ne connaissons que la première de ces morts civiles. Parmi nous, les morts civilement perdent tous les droits qui sont, soit du droit civil, soit du droit des gens.

Non-seulement ils ne peuvent point tester ni recevoir par testament, succéder ni transmettre leur succession, ils ne peuvent encore ni contracter, ni acquérir, ni posséder. Ils peuvent cependant recevoir des alimens, parce que tous ceux qui ont la vie naturelle en sont capables. Tel est l'état dans laquelle Argou et Domat semblent nous les représenter.

* 11 *Guyot, Répert.,* } Privé de ce droit, dont tout citoyen
p. 637. } jouit par la seule autorité de la loi, il l'est à plus forte raison de ceux dont la volonté de celui qui en jouit doit concourir avec la loi, tels que sont ceux de disposer entre-vifs et par testament. Tout homme qui est mort civilement en est absolument incapable ; et comme il ne

[ARTICLE 36, § 1.]

peut gratifier qui que ce soit en vertu de ces actes, de même il ne peut en être gratifié ; il est incapable pour recevoir comme pour donner.

Ceci reçoit cependant une exception : nous avons adopté la jurisprudence romaine, qui permet de léguer de simples ali-mens à celui qui avait subi une condamnation capitale.

* *Richer, Liv. 3, p. 203.* } Un homme mort civilement est regardé, } par la société, comme s'il était mort natu-
rellement. Ce n'est plus à ses yeux, qu'un être sans vie, qui ne communique avec personne, et avec qui personne ne communique. Il tombe dans une incapacité totale de tous les actes qui constituent la vie civile. Comme cette incapacité donne lieu à quelques questions, sur chacun de ces actes, il est nécessaire d'entrer dans un certain détail à cet égard.

Id., p. 208. } Il est assez aisé de comprendre, par tout ce } que nous avons dit jusqu'ici, et par les diffé-
rentes questions que nous avons traitées, qu'un homme mort civilement est incapable de recueillir aucune succession. Le droit de succéder nous vient de la qualité de citoyen ; ainsi en perdant l'un on perd l'autre.

Id., p. 217. } Le testament est un acte par lequel nous dis- } posons, après notre mort, des biens dont nous
jouissons pendant notre vie. Nous en transférons la propriété à qui bon nous semble, comme si nous étions encore vivans. Notre empire s'étend sur des choses que nous ne pouvons plus posséder. Cette faculté semble être opposée à la nature, et nous ne la tenons que de la loi seulement, qui a cru devoir nous donner la satisfaction de procurer, après notre mort, un bien-être à ceux à qui nous avons été attaché pendant notre vie, et de qui nous avons reçu des bienfaits.

Or, cette faculté étant un présent de la loi civile seule-ment, elle ne l'a fait qu'à ceux qui vivent sous son empire,

[ARTICLE 36, § 1.]

et qui sont membres de la société qu'elle régit. Ainsi ceux qui sont morts civilement, étant retranchés du nombre des citoyens, sont incapables de tester.

Id., p. 218. } C'est un principe constant dans le droit ro-
main, que pour être capable d'une institution
testamentaire, il faut être citoyen. Par conséquent tout
homme qui est dans les liens de la mort civile, ayant perdu
les droits de cité, il est sans difficulté qu'il ne peut être insti-
tué héritier.

* *C. N.*, 25. } Cité sous l'article 35.

36, § 2. Elle ne peut disposer de ses biens, ni acquérir, soit par acte en- tre-vifs ou à cause de mort, soit à titre gratuit ou oné- reux ; elle ne peut ni con- tracter ni posséder ; elle peut cependant recevoir des aliments.	36, § 2. He can neither dispose of nor acquire pro- perty, whethe <i>inter vivos</i> or by will, and whether by gratuitous or onerous title ; he can neither con- tract, nor possess proper- ty, but he may receive maintenance.
---	---

* *Voy. Pothier des Pers.*, p. 587, cité sous le § 1er. du présent article.

* *Denizart (nouveau) Vo. ali-* } Les lois attachent une très.
ments, § VIII, p. 457. } grande faveur à la cause des
alimens ; en conséquence, elles veulent qu'on puisse en don-
ner ou léguer valablement, non-seulement aux personnes in-
capables de certains effets civils, mais à celles mêmes qui
sont mortes civilement. *Si in metallum damnato quid extra*
causam alimentorum relictum fuerit, pro non scripto est. Leg

[ARTICLE 36, § 2.]

3, ff. de his quæ pro non script. Voyez aussi la loi 11, ff de alim. et cibar. leg.

* 1 Domat (*Remy*), liv. } On appelle mort civile l'état de ceux
prél., p. 106. } qui sont condamnés à la mort ou à
d'autres peines qui emportent la confiscation des biens. Ce
qui fait que cet état est comparé à la mort naturelle, parce
qu'il retranche de la société et de la vie civile ceux qui y
tombent, et les rend comme esclaves de la peine qui leur
est imposée.

* 1 Pigeau, p. 66. } Un homme peut perdre les effets du
} droit des gens, par une condamnation
qui le retranche de la société et le prive de tous ses biens ;
alors il n'est plus capable de ces effets dans cette société,
puis qu'il ne peut y rester, y posséder des biens, ni y faire des
contrats ; il ne pourrait donc y exercer une action du droit
des gens. Mais un gouvernement n'ayant pas d'autorité hors
de sa domination, le condamné peut aller vivre sous un
autre, y posséder des biens, y contracter, et y être par consé-
quent capable des effets du droit des gens. Ainsi un homme
banni de France à perpétuité n'y serait plus capable de ces
effets, tandis qu'un autre banni de l'Angleterre aurait ici cette
capacité.

Pour intenter une action du droit civil, il faut être capa-
ble des effets de ce droit, c'est-à-dire, être citoyen. Ces effets
sont ce qu'établit ce droit en faveur des membres de la so-
ciété, comme les successions, le retrait lignager, etc., de là
il suit : 1o. qu'un religieux ne peut exercer une action de
cette espèce : 2o. qu'un homme condamné à une peine em-
portant mort civile, ne le peut non plus, dans la société dont
il a été exclus : 3o. qu'un homme qui a abdiqué sa patrie ne
peut intenter aucune action de droit civil qui la gouverne,

[ARTICLE 36, § 2.]

mais s'il se fait agréger à une autre société, il pourra y diriger une action du droit civil de celle-ci.

* 1 *Argou* (*Boucher d'Ar-* } L'état des personnes ne consiste
gis), *Liv. 1, ch. 3, p. 16.* } pas seulement à jouir de la liberté naturelle, il comprend encore les droits de citoyens, c'est-à-dire, tous les avantages qui nous sont donnés par les lois de l'Etat ; comme de faire des contrats qui produisent des effets civils, d'intenter des actions en justice, de succéder, de disposer par testament ; tout cela s'appelle vie civile, et ceux qui en sont incapables sont morts civilement, parcequ'il ne participent non plus aux droits des autres Français, que s'ils étaient morts en effet.

* 1 *Bourjon*, } I. La mort civile, a le même effet à l'égard de
ch. 3, p. 108. } la société et des concitoyens, que la mort naturelle ; c'en est la parfaite image, la disposition de la loi opère autant que la nature. II. De là il s'ensuit que le mort civilement, est retranché de la société, de même que s'il n'existait plus ; voilà l'effet général de la mort civile, qui résulte de ce que dessus. III. De là il s'ensuit qu'il est incapable de tous effets civils : c'est la conséquence qui résulte de l'effet de la mort civile, qui est la parfaite imitation de la mort naturelle. IV. Nonobstant cette incapacité, non-seulement le religieux, dont la mort civile est favorable et respectable, est capable de profiter d'une pension alimentaire, mais même celui qui est mort civilement, pour une cause infâme, ce qu'on reprend ici, comme exception à ce que dessus. V. En effet, la vengeance que la justice tire des crimes, s'est toujours tempérée par la charité, ce qui lève quant à ce, toute incapacité civile respectivement à un condamné, et par conséquent, et à plus forte raison, à l'égard de celui qui n'a encouru mort civile, que par profession en religion. VI. Une autre raison, c'est que pour être capable de profiter d'une telle disposition il

[ARTICLE 36, § 2.]

suffit de vivre, comme on l'a déjà dit ; d'où il faut conclure, que le condamné est capable d'une pension viagère.

* 1 Du Perrier, } Question VIe. *Si le fidéjusseur d'un homme,*
 p. 36 et suiv. } *qui après avoir été condamné par défaut aux*
galères perpétuelles, s'est obligé pour prêt, est bien et valablement
obligé, quoique l'obligation du principal soit nulle, attendu qu'il
est mort civilement.

La question que Papinien a décidée en la Loi *si debitori* 47. ff. de *fidejussoribus*, est différente de celle-ci, parce qu'elle parle d'une fidéjussion contractée après la condamnation et la mort civile, pour une obligation passée par le principal débiteur avant la condamnation, et par conséquent après que l'obligation avait été éteinte et annéantie par la mort civile, et il s'agit ici d'une obligation conçue après la condamnation ; et partant pour éclaircir cette difficulté, il faut discuter quatre questions. La première, si le condamné aux galères perpétuelles par défaut, se peut obliger, quoique dans cette Province la confiscation n'ait point lieu ; parceque si l'obligation est nulle, la fidéjussion qui en est un accessoire, l'est aussi, comme Papinien l'a décidé en la loi *si debitori*, ff. de *fidejuss.*

La seconde, si n'y ayant point d'obligation civile, il y en a une naturelle nonobstant la mort civile.

La troisième, si cette obligation naturelle du principal débiteur fait que le fidéjusseur soit obligé naturellement et civilement.

La dernière, si la difficulté cesse quand le fidéjusseur renonçant à la Loi du principal premièrement convenu, s'est rendu principal payeur.

Quant à la première, qui consiste à sçavoir si c'est la confiscation des biens ou la peine corporelle qui fait la mort civile, et qui retranche le condamné du nombre des citoyens

[ARTICLE 36, § 2.]

comme un membre pourri qui est arraché et séparé du corps de la société civile ; Cujas sur la même loi *si debitori, ad lib. 9, quest. Papin.* tient que c'est la privation des biens qui met le condamné au nombre des morts pour les effets civils, parce que le dépouillant de tous ses biens, et lui donnant un successeur, comme s'il était mort, elle le met hors du nombre des vivans ; *cur deportatus pro mortuo habetur*, dit cet auteur, *an quia insula circumscibitur, an quia sit peregrinus, minimè, sed quia bona adimnutur* ; en sorte qu'il tient que si la simple rélégation ou bannissement pour un temps certain étant accompagnée de la confiscation de la moitié des biens, le condamné est à demi-vivant et à demi-mort civilement, *et pro semi vivo habetur* ; mais je tiendrais pourtant le contraire, et que c'est la peine corporelle qui emporte la mort civile, parceque le condamné devient serf de la peine, étant par une condamnation perpétuelle privé pour toujours de la liberté, et comme attaché et asservi au supplice, qui est une espèce d'esclavage ; et par conséquent une servitude qui le met hors du commerce et du nombre des hommes, à l'exemple des serfs *qui caput et personam non habet* ; et cette résolution se trouve autorisée par un arrêt du Parlement de Paris rapporté par Brodeau, *lit. E, cap. 8*, qui a déclaré que le bannissement perpétuel emportait la mort civile dans le pays d'Anjou, où la confiscation n'a pas lieu, et par notre usage qui a reçu les effets de la mort civile, et même au regard des condamnés aux galères perpétuelles, témoin l'arrêt donné le 29 du mois de novembre 1657, en la Chambre des Enquêtes au rapport de M. de Montjustin, qui a décidé que le lods était dû au Seigneur direct de la collocation faite par la femme du condamné aux galères pour toute sa vie pour la répétition de sa dot, quoiqu'il n'en soit point dû pendant la vie du mari quand la femme se colloque, *marito vergente ad inopiam*, ce jugement n'ayant point d'autre motif que celui de la mort civile, qui a la même force que la naturelle aux effets civils.

[ARTICLE 36, § 2.]

En outre la Nouvelle 134 ch. dernier en abrogeant la confiscation, n'a rien altéré au droit ancien au regard du condamné, qui demeure toujours privé de la jouissance et de la disposition de ses biens, mais seulement au regard de ses descendants ou ascendants, auxquels elle a donné les biens que le fisc prenait auparavant, et notre usage n'y a rien ajouté, ce n'est qu'au lieu que Justinien n'avait aboli la confiscation qu'au profit des descendants ou des ascendants, l'usage l'a étendu aux successeurs légitimes de quelque qualité qu'ils soient ; et par ce moyen la raison du droit ancien subsiste toujours, puisque la contdamnation dépouille absolument le condamné de ses biens, et lui ôte la liberté d'en disposer, comme a observé du Moulin sur le titre du Cod *qui testamentum facere possunt*, où il en parle selon les règles du droit ancien.....

La seconde question n'a point de difficulté ; car la mort civile ne privant que des droits civils, le condamné conserve tout ce qui est des droits de nature ou du droit des gens, l. *sunt quidam* 17 ff, de *pœnis*, qui sert d'interprétation à ces mots de la loi *si debitori de fidejus. quasi tota obligatio extincta sit*, par lesquels Papinien nous a insinué, que l'obligation naturelle aussi bien que la civile, est éteinte par la déportation, par la force de cette diction *tota* ; comme a observé Cujas après Accurse sur cette même Loi ; mais c'est parce qu'en l'espèce de cette Loi, l'obligation avait été passée avant la condamnation, qui en dépouillant le condamné de tous ses biens, et lui donnant le fisc pour successeur, avait absolument anéanti l'obligation au regard du condamné ; et l'avait rejetée sur son successeur ; mais il n'en est pas de même de celui qui s'oblige après la condamnation, et à qui le droit des gens impose la nécessité de garder sa foi et sa promesse en quelque état qu'il puisse être : cette différence de la personne libre et de celle qui ne l'est pas, étant inconnue au droit de la nature, et par conséquent au droit des gens, qui oblige

[ARTICLE 36, § 2.]

indifféremment toute personne en quelque état qu'elle soit, d'observer ce qu'elle a promis.

Et pour ce qui est de la troisième, quoi qu'il semble que la fidéjussion n'étant qu'un accessoire de l'obligation du débiteur, et que la nature de l'accessoire étant régulièrement attachée au principal, le fidéjusseur ne puisse point avoir contracté d'obligation civile, quand celle du débiteur est seulement naturelle, et ne produise point d'action contre lui ; vû même que c'est une règle certaine en droit, que la caution ne peut jamais être plus obligée, et traitée plus rigoureusement que le débiteur principal *l. Græcè*, § *illud commune ff de fidejus.* J'estime pourtant qu'elle n'a pas plus de difficulté que la précédente ; et que quand le Jurisconsulte Julianus a dit en la *L. fidejussor. ff. de fidejuss. fidejussorem posse accipi quoties est aliqua obligatio civilis, vel naturalis cui applicetur*, il a voulu dire que la fidéjussion est absolument bonne, et qu'elle a son entier effet par une obligation naturelle et civile, puisqu'il dit absolument et sans distinction que la fidéjussion est valable, pourvu qu'elle rencontre une obligation du débiteur, ou civile ou naturelle, à laquelle elle se puisse appliquer.

C'est ainsi que Cujas l'a entendu, car en son observation 34, lib. 11, expliquant la *L. sthicum aut Pamphilum, et quod vulgo, ff. de solut. et ad africanum, tract. 7, ad l. hæres 21. § servo tuo, ff. de fidejuss.* Il dit qu'encore que l'obligation du débiteur soit seulement naturelle, comme par exemple celle d'un esclave, son fidéjusseur ne laisse pas d'être obligé civilement, ainsi qu'il interprète ce § *quod vulgo*, et il confirme son interprétation par le texte des Basiliques qui réparent la corruption du texte de ce § *quod vulgo*, ou ce mot *natura* qui doit suivre ceux-ci, *nam si reus* a été omis, et il dit la même chose *ad lib. 28, quæst. Papin. dicto, § quod vulgo.*

Et la règle établie par Ulpien en la loi *Græcè* § *illud commune*

[ARTICLE 36, § 2]

ff. de fidejuss. que le fidéjusseur ne peut pas être plus obligé que le débiteur, n'a rien d'incompatible avec cette résolution, parce que, ce plus dont il est parlé, ne se doit entendre que de la quantité ou qualité de la chose promise par le débiteur, et non pas de la forme et de la qualité de l'obligation ; c'est-à-dire, que le fidéjusseur ne peut pas s'obliger à une plus grande somme, ou une plus grande chose, ou sous une plus rude condition, et sous un moindre terme que le débiteur même, qui est ce qu'il appelle *in durio rem causam* ; et c'est aussi ce que Cujas a voulu dire en la Loi première *C. de obligat. et act. fidejussorem eadem obligatione teneri*, parlant de la somme ou de la chose promise par le débiteur, et non pas de la forme de l'obligation.

Et pareillement la maxime que l'accessoire suit la nature du principal, et la fidéjussion celle de l'obligation du débiteur, n'est pas toujours véritable ; car il y a plusieurs cas auxquels le fidéjusseur demeure valablement obligé, quoique le débiteur ne le soit pas, ainsi qu'a remarqué Cujas sur la même loi *si debitori*, parce que son intervention ne tendant qu'à l'assurance du créancier ; et afin qu'il puisse exiger du fidéjusseur ce qu'il ne peut pas recevoir du débiteur, il n'y a pas d'inconvénient que quand il se rencontre en la personne de celui-ci, quelque obstacle qui ôte au créancier le moyen d'exiger ce qu'il lui a promis, il le prenne sur le fidéjusseur ; et c'est la raison pour laquelle la restitution en entier du débiteur ne sert pas toujours à son fidéjusseur, mais seulement quand il a droit de recourir contre lui pour son indemnité, ainsi que le même Interprète l'a plus particulièrement remarqué au lieu qui vient d'être allégué.

La dernière question fait à mon avis cesser toutes les autres difficultés ; car comme aujourd'hui toute fidéjussion est accompagnée d'une expresse renonciation, à l'exception de la discussion et de la clause qui oblige le fidéjusseur égale-

[ARTICLE 36, § 2.]

ment avec le débiteur, la fidéjussion dégénère en obligation principale, et par ce moyen le pledge n'est plus considéré que comme un simple corré à l'égard du créancier, puisque tous les deux lui sont indifféremment obligés, et qu'il à contre la caution, la même action que contre le débiteur principal, comme les docteurs disent que les corrées ou coobligés, *sibi sunt invicem fidejussores*, et cela étant, on est aux termes de la décision de la Loi dernière, ff. *de deobus reis*, où le Jurisconsulte Marcian à résolu, que quand l'un des deux corrées ou coobligés est délivré de l'obligation par la mort civile, cet accident restreint à la personne qui encourt cette peine, n'influe rien à l'autre qui n'y a point de part, et au regard de laquelle l'obligation n'est pas altérée, qui est le véritable sens de cette Loi, comme a observé Cujas sur la même loi *si debitori*, et après lui Antonius Heringius *de fidejuss. cap. 10, num. 30*, où il suit absolument le sentiment de Cujas quoiqu'il ne l'ait pas allégué.

* 11 *Guyot, Rép.*, } Nous avons adopté la jurisprudence
 p. 637. } romaine, qui permettait de léguer de
 simples alimens à celui qui avait subi une condamnation capitale. *Si (porte la loi de his quæ pro non script.) in metallum damnato, qui extra alimentorum causâ relictum fuerit, pro non scriptum est.*

La jurisprudence, en ce cas, a dérogé à la rigueur de la justice, qui a tellement les crimes en horreur, qu'elle adjuge au fisc, sans aucune restriction, tout ce que possède le coupable.

Cette jurisprudence permet à celui qui est mort civilement, de profiter d'une pension alimentaire. Celui qui est condamné pour cause diffamante, profite de cette faveur de la loi, comme le religieux, dont la mort civile n'a rien que d'honorable.

* V. C. N. 25, cité sous l'article 35.

[ARTICLE 36, § 3.]

36, § 3. Elle ne peut être nommée tuteur ni curateur, ni concourir aux opérations qui y sont relatives.	36, § 3. He can neither be appointed tutor nor curator, nor take part in the proceedings relative to such appointments.
---	---

* 2 *Pandectes Françaises*, } Le paragraphe 3 concerne la
 p. 185—186. } tutelle. Le comdamné mort ci-
 vilement en est incapable. Il ne peut pas même concourir
 aux opérations qui y sont relatives. C'est encore un corol-
 laire des mêmes principes. Il est fondé sur ce texte du droit :
testamento tutores hi dari possunt, cum quibus, testamenti factio
est, (L. 21 ff. de testamantar. tutel.) Il est clair que, *testamenti*
factio non est avec le mort civilement, puisqu'il est incapable
 de recevoir par testament. Donc, il ne peut point être nommé
 tuteur. D'ailleurs, suivant une autre loi, (L. ult. ff. de tutel.) la
 tutelle est regardée comme une fonction publique. Le mort ci-
 vilement, qui est incapable des droits civils privés, l'est, à bien
 plus forte raison, des droits publics. Aussi, le Jurisconsulte
 Ulpien enseigne-t-il, comme Paul, auteur de la loi 21, mais en
 termes formels, que les citoyens seuls peuvent être tuteurs,
et hi cives romani.

Le mort civilement ne peut pas concourir aux opérations re-
 latives à la tutelle. Cela est encore évident. Pour pouvoir
 concourir à ces opérations, il faut pouvoir être nommé tuteur.
 Pour ces opérations, comme pour la tutelle même, il faut
 avoir la qualité de citoyen ; et le mort civilement ne l'a pas.

* *Pothier, des Personnes*, } La tutelle dative étant une
 Tit. 6, sec. 3, § 2, p. 611. } charge publique, en ce sens qu'elle
 est déférée par l'autorité publique, il s'ensuit qu'il n'y a que
 ceux qui jouissent de l'état civil dans toute son étendue qui
 en soient capables. C'est pourquoi les aubains, ceux qui sont
 morts civilement, les mineurs, les interdits, en sont incapables-

[ARTICLE 36, § 3]

* 11 *Guyot, Rép.*, } Celui qui est mort civilement a perdu
 p. 637. } non seulement le droit d'hériter et de
 transmettre, il est encore incapable d'aucune espèce d'acte,
 et pour juger de l'étendue de cette incapacité, il suffit de con-
 sidérer la nature des condamnations qui la produisent. Ces
 condamnations étant à perpétuité, et le sujet condamné
 étant absolument retranché de la société, on doit concevoir
 que son incapacité s'étend absolument à tous les actes sans
 aucune limitation ni réserve.

36, § 4. Elle ne peut être témoin dans aucun acte solennel ou authenti- que, ni être admise à por- ter témoignage en justice, ni à servir comme juré.		36, § 4. He cannot be a witness to any solemn or authentic deed, nor can he be admitted to give evidence in a court of jus- tice, or to serve as a juror.
--	--	--

* *ff. Lib. 28, Tit. 1, L. 18, § 1 qui* } Si quis ob carmen famosum
testament. facere possunt. } damnatur, senatus consulto
 expressum est, ut intestabilis sit : ergo nec testamentum fa-
 cere poterit, nec ad testamentum adhiberi.

* *Ibid., L. 20, § 5.* } Eum, qui lege repetundarum damna-
 tus est, ad testamentum adhiberi posse
 existimo, quoniam in judicio testis esse vetatur.

* *Ibid., § 7.* } Servus quoque meritò ad solemnia adhiberi
 non potest, cum juris civilis communionem
 non habeat in totum, ne prætoris quidem edicti.

* *ff. Lib. 22, Tit. 5, L. 3, § 5,* } Lege Julia de Vi cavetur,
ff. de testibus. } ne hac lege in reum testimo-
 nium dicere liceret, qui se ab eo parente ejus liberaverit :
 quive impuberes erunt : quippe judicio publico damnatus erit
 qui eorum in integrum restitutus non erit..... Nam quidam

[ARTICLE 36, § 4.]

propter reverentiam personarum, quidam propter lubricum concilii sui, alii verò propter notam et infamiam vitæ suæ, admittendi non sunt ad testimonii fidem.

* 2 *Pandectes Françaises*, } Suivant le paragraphe 4, il ne
 pp. 186 et suiv. } peut être témoin dans un acte solennel et authentique ; ni être admis à porter témoignage en justice. La première disposition de ce paragraphe est puisée dans la source commune, c'est-à-dire dans le droit romain : *si quis ob carmen, etc.* Au reste cette décision découle toujours du même principe. Ces témoignages sont des actes de citoyens, qui ne peuvent être exercés que par ceux qui en ont la qualité. Si les femmes mêmes en sont incapables, les infâmes le sont, à bien plus forte raison. Le mort civilement ne pourra donc être témoin, ni pour un mariage ; ni pour un testament ; ni pour l'inscription des actes de naissance, de décès, ou autres, sur les registres publics ; ni même pour suppléer la présence d'un second notaire dans les actes ordinaires du commerce.

Mais ces actes seront-ils nuls, si l'on y a employé, par erreur, comme témoin, un homme mort civilement ? Remarquons, d'abord, que le danger est peu considérable ; parceque les condamnés à une peine emportant la mort civile, sont rarement libres. Cependant, le cas peut arriver, soit que la peine, par elle-même ne donne point lieu à la détention ; soit que le condamné s'évade. Alors, il faut distinguer : ou la loi prononce textuellement la nullité de l'acte, faute du nombre de témoins qu'elle prescrit ; ou elle ne la prononce pas.

Dans le premier cas, l'acte est nul, sans difficulté. Les testaments sont dans cette classe. Au second cas, l'acte n'est pas nul ; il est seulement vicieux, et doit être réformé.

La seconde partie du paragraphe 4 déclare le mort civile-

[ARTICLE 36, § 4.]

ment incapable de rendre témoignage en justice. Cette décision est fondée sur ce texte : *lege Julid, etc.*

C'est une règle générale, qui reçoit plusieurs exceptions. La principale est, quand le mort civilement est témoin nécessaire. C'est ainsi, qu'en cas de nécessité, les lois romaines admettaient le témoignage des esclaves : *servi responso tùm credendum est, cum alia probatio, ad eruendam veritatem, non est* (ff. L. 7 de Test.). De même, aussi, dans notre droit, les règles qui établissent l'incapacité des témoins, cèdent au cas de la nécessité—(*Despeisse*, p. 485, n. 4 ; 490, n. 11 ; *Carondas*, *Observ. Boiceau et Danty*, de la preuve par tém.) Il faut remarquer, néanmoins, que l'on ne consulte pas, sans précaution, les dépositions de tous ces témoins.

* 11 *Guyot, Répert.*, } La restitution contre son premier
p. 638. } état ne peut influencer sur des actes qui
intéressent des tiers ; ainsi il ne peut être témoin, soit dans
les actes qui émanent de la juridiction volontaire, soit dans
ceux qui émanent de la juridiction contentieuse. Il est borné
à tout ce qui intéresse son existence.

Voy. aussi *Guyot*, cité sous l'art. 35 et sous les §§ 1, 2, 3 du présent article.

* *Richer*, p. 251 } Si l'on examine le droit Romain sur la
} capacité de porter témoignage on trouve
des lois qui en privent ceux qui sont morts civilement. (ff. L.
3 § 5 de *Testibus*).

Idem, pp. 253-254. } Il est donc certain que la mort civile
} rendait, chez les Romains, celui qui l'a-
vait encourue incapable de porter témoignage. Il est égale-
ment certain qu'il en est exclu dans nos mœurs. L'usage est
un garant de cette vérité, qui d'ailleurs est reconnue par les
auteurs.

[ARTICLE 36, § 4.]

On peut élever plusieurs questions sur cette matière, comme si ils (ceux qui sont morts civilement,) peuvent assister comme témoins à un mariage, ou à un acte passé par devant un seul notaire, mais toutes ces questions peuvent se résoudre par une réflexion qui s'applique à tous les cas.

Ou la mort civile a été encourue par une condamnation contradictoire, et dont le coupable a évité l'exécution par la fuite : dans ce cas il ne peut assister à aucun acte juridique, sans s'exposer à être remis entre les mains de la justice pour être exécuté. Ou la condamnation à mort est par contumace : alors il encourrait le danger d'être arrêté prisonnier, et de voir instruire son procès de nouveau. S'il a été condamné aux galères, ou au bannissement du royaume à perpétuité, il serait également arrêté, afin qu'on lui fit son procès, suivant la rigueur des ordonnances contre ceux qui n'exécutent pas les condamnations contre eux prononcées.

36, § 5. Elle ne peut procéder en justice ni en demandant ni en défen- dant.	{	36, § 5. He cannot be a party to a suit, either as plaintiff or defendant.
---	---	---

* ff. *Lib. 4, Tit. 5, L. 2,* } Cæterùm sive amissione civitatis, si-
de *Capite minutis.* } ve libertatis amissione contingat capitis
deminutio, cessabit edictum : neque possunt hi penitus con-
veniri : dabitur planè actio in eos ad quos bona pervenerunt
eorum.

* 2 *Pandectes Françaises,* } Le § 5 porte, que le mort civile-
p. 189-190. } ment ne peut procéder, en justice,
ni en défendant, ni en demandant, que sous le nom, et par
le ministère d'un curateur spécial, qui lui est nommé par le
tribunal où l'action est portée. Cette disposition est précisé-

[ARTICLE 36, § 5.]

ment celle de la loi romaine : *cæterum*, etc., (l. 2. ff de *capit. minut.*). En effet, celui qui a perdu le droit de cité, n'a plus de personne : ou, pour parler la langue des lois, il n'a plus de tête, *capite minutus est*. Il ne peut point, en conséquence, ester en justice.

A l'égard des curateurs, dont il est parlé à la fin de ce paragraphe, c'est le rétablissement d'un ancien usage qui avait été aboli par l'ordonnance de 1667 (Titre 2, art. 8) ; lequel n'avait lieu qu'à l'égard des condamnés qui n'avaient pas perdu la vie civile. Quant aux autres, c'est-à-dire, à ceux qui, ayant été condamnés à des peines perpétuelles, étaient morts civilement ; il n'était pas possible de les assigner en aucune manière, comme le remarque Jousse, sur la même ordonnance. En conséquence, il n'y avait point de curateur à leur nommer ; et en aucun cas, car ils ne pouvaient non plus donner aucune demande.

* Jousse, *Titre II, art. 8*, } “ Ceux qui seront condamnés
de l'ord., 1667, p. 31. } au bannissement et aux galères à
 temps, et les absens pour faillite, voyages de long cours, ou
 hors du Royaume, seront assignés à leur dernier domicile,
 sans qu'il soit besoin de Procès-Verbal de perquisition ni de
 leur créer un curateur, dont nous abrogeons l'usage. ”

Et aux galères à temps.—A l'égard de ceux qui sont condamnés aux galères perpétuelles, ou au bannissement à perpétuité, on ne peut les assigner en aucune manière, parcequ'ils sont morts civilement.

* Rodier, *Questions sur* } Pourquoi l'ordonnance ne par-
l'ord. de 1667, p. 26. } le-t-elle que des condamnés à
 temps ? Parceque ceux qui sont condamnés à perpétuité étant
 morts civilement, ne peuvent être assignés nulle part ni en
 aucune façon.

* Voyez l Pigeau, p. 66, cité sous le § 2 du présent article.

[ARTICLE 36, § 6.]

36, § 6. Elle est incapable de contracter un mariage qui produise quelque effet civil.	}	36, § 6. He is incapable, of contracting a marriage that will produce any civil effect.
--	---	---

* *Pothier, Communauté*, } La communauté soit légale, soit
 No. 20, p. 504. } conventionnelle, étant un effet civil
 du mariage, c'est une conséquence qu'elle ne peut être contractée que par des personnes capables de contracter ensemble un mariage civil. C'est pourquoi si l'une des parties qui ont contracté mariage ensemble, était alors privée de l'état civil par une condamnation à une peine capitale, ne pouvant y avoir eu de mariage civil, entre ces personnes, il n'y aura pas entr'elles de communauté conjugale. Cela a lieu à plus forte raison, lorsque le mariage non-seulement n'est pas un mariage civil ; mais est absolument nul.

Néanmoins la bonne foi de l'une des parties qui a eu une juste cause d'ignorance de l'empêchement à la légitimité ou à la validité du mariage, peut donner les effets civils à ce mariage, quoiqu'il ne soit pas mariage civil, et même quoiqu'il soit absolument nul, et en conséquence la communauté conjugale aura lieu entre ces personnes.

* *Pothier, mariage*, } Une troisième espèce de mariage qui,
 No. 433, p. 331. } quoique valablement contracté, et quoiqu'il subsiste quant au lien naturel, est néanmoins privé des effets civils, est celui que contracte une personne qui a perdu l'état civil par une condamnation à mort. C'est la disposition de la *Déclaration de 1639, art. 7* qui dit : " Voulons que la même peine (de la privation des successions) ait lieu... aussi contre les enfans procréés par ceux qui se marient après avoir été condamnés à mort, même par les sentences de nos juges rendues par défaut, si avant leur décès ils n'ont été remis au premier état, suivant les lois prescrites par nos ordonnances. "

[ARTICLE 36, § 6.]

Indépendamment de cette disposition, il est impossible *per rerum naturam*, qu'une telle personne puisse contracter un mariage qui ait les effets civils ; car étant, par sa mort civile, regardée dans la société comme n'existant plus, quant à ce qui est de l'ordre civil, c'est une conséquence qu'elle ne peut être capable d'un mariage civil.

Ibid., No. 436. } Il nous reste à faire une observation générale à l'égard des enfans qui naissent de ces espèces de mariages, qui, quoique valablement contractés, n'ont pas les effets civils. Ces enfans n'ont pas, à la vérité, les droits que les effets civils du mariage donnent aux enfans, tels que les droits de famille, de succession, de douaire, de légitime, etc., mais le mariage dont ils sont nés, étant un véritable mariage, il ne sont pas bâtarde, et ils sont en conséquence capables d'être promus aux ordres sacrés et aux bénéfices.

Ibid., No. 440. } Si la bonne foi de l'une des parties donne les effets civils à un mariage nul, à plus forte raison peut-elle les donner à un mariage véritable, lorsque l'une des parties a ignoré de bonne foi le vice qui le privait des effets civils : comme lorsqu'une femme a épousé de bonne foi un homme qui avait perdu l'état civil par une condamnation à peine capitale, dont la connaissance n'avait pu parvenir à cette femme. Le jugement ayant été rendu dans un pays éloigné, et avant qu'elle eut connu cet homme, la bonne foi de cette femme donne en ce cas à ce mariage les effets civils à l'effet que les enfans qui en sont nés, aient les droits d'enfans légitimes, et puissent succéder à leur mère et à leurs parens maternels.

Mais ces enfans ne peuvent ni succéder aux biens de leur père, qui sont acquis au fisc, ni avoir les droits de famille dans la famille de leur père, puisque leur père les ayant perdus avant qu'ils fussent au monde, n'a pu les leur communiquer.

[ARTICLE 36, § 6.]

* *Pothier, Successions, Chap. 1, Sec. 2, art. III, § IV. p. 19.* } Le troisième cas auquel un mariage quoique valablement contracté n'a pas les effets civils, et ne peut former une parenté légitime, c'est lorsqu'un des contractans est mort civilement. La raison en est évidente : les personnes mortes civilement ne participent point à l'état civil ; elles sont donc incapables d'une conjonction civile ; le mariage qu'elles contractent ne peut donc être qu'un mariage naturel, et non pas un mariage qui ait les effets civils. Cela est établi par l'ordonnance de 1639 art. 6, qui prononce la peine de l'incapacité de succéder contre les enfans procréés par ceux qui se marient après avoir été condamnés à mort, même par sentence rendue par défaut, si avant leur décès, ils n'ont été remis dans leur premier état

Ces termes de l'ordonnance, *condamnés à mort*, ne s'entendent pas seulement de la condamnation à mort naturelle, mais de la condamnation à une peine qui emporte mort civile, telle qu'est celle des galères à perpétuité, du bannissement perpétuel hors le royaume. Ceux qui sont condamnés à ces peines, perdant, par la condamnation, l'état civil, sont incapables d'un mariage qui ait les effets civils. Lebrun rapporte un arrêt qui l'a jugé à l'égard d'un nommé Tillon, qui avait contracté mariage après avoir été banni hors du royaume.

Ibid., p. 20. } Ces termes, *s'ils n'ont été remis au premier état, etc.*, font connaître que si le condamné obtient, depuis son mariage, des lettres d'abolition qui lui rendent l'état civil, cette réhabilitation de sa personne réhabilite le mariage qu'il a contracté, lui rend les effets civils, et donne aux enfans qui en sont nés, quoique, avant les lettres d'abolition, les droits de parenté légitime et la capacité de succéder.

Si la personne que le condamné à mort a épousée ignorait l'état de ce condamné, sa bonne foi purgerait-elle le vice de ce mariage, et donnerait-elle aux enfans les droits de parenté légitime ? Lebrun décide pour l'affirmative, et son avis me

[ARTICLE 36, § 6.]

paraît juste ; car si la bonne foi purge le vice d'un mariage absolument nul, et donne aux enfans qui en sont nés les droits de parenté légitime, cette bonne foi doit, par la même raison, produire le même effet à l'égard d'un mariage qui n'est nul que quant aux effets civils. Il est vrai que par une raison particulière, ces enfans ne peuvent succéder à celui qui a été condamné ; et cette raison est, qu'il est incapable de transmettre sa succession, mais il pourrait succéder, et à l'autre conjoint et à tous leurs parens, même à ceux du côté du condamné, ainsi que cela a été jugé à l'égard des enfans du sieur de la Rocheboisseau, nés du mariage par lui contracté depuis sa condamnation. Lebrun rapporte ce fait d'après Henrys.

* 11 *Guyot, Répert.*, } Il peut se marier, mais son mariage.
 p. 638. } très-bon quant au Sacrement, ne peut
 produire aucun effet civil.

* 2 *Pandectes Françaises*, } Le paragraphe 6 est important.
 p. 191 et suiv. } Il porte que le condamné à une
 peine qui opère la mort civile, est incapable de contracter
 un mariage qui produise aucun effet civil.

C'est le renouvellement de la disposition de l'article 7 de la déclaration de Louis XIII, de l'année 1639.

Cette disposition est elle-même fondée sur le principe général. Le condamné, dans ce cas, étant, par l'effet de la mort civile, regardé dans la société comme n'existant plus, quant à ce qui est de l'ordre civil ; c'est une conséquence qu'il ne peut être capable d'un mariage civil.

Remarquez que la loi dit, qu'il est incapable de contracter un mariage qui produise les effets civils, c'est-à-dire, que le mariage n'est nul que quant à ses effets ; et que le lien naturel est valable et subsiste. C'est ainsi que chez les Romains, les esclaves qui n'avaient aucun droit de cité, *servi pro nullis habentur* (l. 32 ff. de *reg. jur.*), pouvaient, néanmoins,

[ARTICLE 36, § 6.]

contracter un mariage valable ; mais il ne produisait aucun effet civil. Ce mariage s'appelait *contubernium*.

On peut, pour le dire en passant, appliquer ce principe aux mariages que contractent les esclaves dans les colonies.

On donnait ce nom de *contubernium*, non-seulement au mariage que contractaient ensemble deux esclaves ; mais encore à celui qu'une personne libre contractait avec un esclave. C'est pourquoi le jurisconsulte Paul dit : *inter servos et liberos, matrimonium contrahi non potest ; contubernium potest*, (sentent. 11. 19.3). Ce mariage n'était pas moins destitué des effets civils, que celui contracté entre deux esclaves, mais il subsistait, quant au lien naturel. C'est une conséquence de ce que le mariage, est, en soi, un contrat, ou plutôt un acte naturel ; il ne devient contrat civil que par les formes qui l'accompagnent, et les effets que la loi lui attribue. L'acte naturel peut, d'après cela, subsister, indépendamment du contrat civil. Ainsi, le mariage que contracte un condamné, qui a perdu la vie civile, subsiste, quant au lien naturel ; mais il est nul, quant aux effets civils, que la loi lui refuse ; parce qu'elle ne reconnaît pas ce mariage ; et qu'un homme mort, à ses yeux, ne peut point se marier.

En conséquence, il n'a point, sur sa femme la puissance que la loi accorde au mari. Il n'a point, sur ses enfans, la puissance paternelle. Il n'a point la garde de leurs biens.

En conséquence encore, ceux-ci n'ont aucun droit de parenté. Ils ne sont point bâtards, parce que l'union dont ils proviennent est un mariage en soi ; mais ils n'ont point les droits que les effets civils du mariage donnent aux enfans ; tels que les droits de famille, de succession, de douaire, de légitime, etc. Ils ne peuvent succéder, non seulement à leurs père et mère ; mais même à aucun de leurs parens collatéraux. C'est une suite de la privation des effets civils dont est frappé le mariage de leurs père et mère ; et qui ne

[ARTICLE 36, § 6.]

permet point à ces enfans d'acquérir la parenté civile. Ils ne peuvent donc être capables d'aucunes successions, soit directes, soit collatérales ; puisqu'il n'y a que la parenté civile qui puisse donner ce droit. Par la même raison, leur postérité est également incapable, à l'égard de leurs père et mère, et de leurs parens ; car ils ne peuvent transmettre des droits de parenté civile qu'ils n'ont pas : *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet* (ff. de reg. jur.)

Il reste à observer, que tout ce que nous avons dit ici du condamné, mort civilement, s'applique à l'un comme à l'autre sexe. Le mariage que contracterait un citoyen avec une femme morte civilement, serait également privé de tous les effets civils. *Nec obstat*, que la femme suit la condition de son mari ; car cette maxime elle-même, est un des effets civils du mariage avoué par la loi.

Il y a un cas où le mariage dont il s'agit ici, peut produire les effets civils ; au moins à l'égard de l'un des conjoints : c'est celui de la bonne foi. Si, par exemple, une femme a épousé, de bonne foi, un homme qui avait perdu l'état civil par une condamnation à une peine capitale, dont elle n'avait pu avoir aucune connaissance, le jugement ayant été rendu dans un pays éloigné, et avant qu'elle eut connu cet homme ; dans ce cas, la bonne foi de la femme donne à ce mariage les effets civils, par rapport à elle. Ainsi, les enfans provenus de ce mariage, succéderont à leur mère, et à leurs parens maternels. Mais ils ne peuvent succéder à leur père, ni aux collatéraux paternels ; car leur père n'a pas pu leur transmettre ce droit, qu'il n'avait plus. Si l'on renverse l'espèce, il faut décider la même chose à l'égard du mari.

Le principe est vrai ; et cela suffit pour qu'il doive être enseigné. Il est néanmoins très difficile de l'appliquer dans l'usage ; car, comme on ne peut point se marier, sans connaître le pays originaire de la personne qu'on épouse, on doit s'imputer de n'avoir pas fait les informations nécessaires. La dif-

[ARTICLE 36, § 6.]

ficulté de prouver sa bonne foi est grande ; à moins qu'on établisse que l'on a été trompé, par exemple par de faux actes.

R. P. A. Braun, Instructions dogma- tiques sur le maria- ge chrétien, p. 62 et suiv.	}	La puissance séculière a le pouvoir de faire des lois pour régler les effets civils du mariage.— Disons mainte- nant ce que peut la puissance séculière quand il s'agit du mariage chrétien.
---	---	---

“ Il n'y a pas de doute, dit Muzzarelli, que le chef de l'Etat peut ajouter au contrat matrimonial certaines formalités en dehors desquelles ce contrat soit considéré comme nul pour les effets civils. C'est ce que tous les théologiens accordent au pouvoir civil, à la suite de St. Thomas, qui en parle ainsi, lib. 4. *Sentent. dist. 34. 91, art. 1 in resp, ad 4 : matrimonium in quantum est in officium naturæ, statuitur jure naturæ ; in quantum est in officium communitatis, statuitur jure civili ; in quantum est sacramentum, statuitur jure divino. Et ideo ex qualibet dictarum legum potest persona effici ad matrimonium illegitima.* Il répète à peu près la même chose au liv. 3. *Contra gentiles. Cap. 78.* Oui, je vous accorde que celui qui contracte sans les formalités civiles sera une personne incapable de jouir des effets civils du mariage ; mais elle ne sera pas par cela seul incapable du contrat sacré qui est la matière du sacrement de mariage. En voici de nouveau la raison, d'après St. Thomas : *Dicendum quod matrimonium non tantum est sacramentum, sed etiam est in officium. Et ideo magis subiacet ordinationi ministrorum Ecclesiæ, quam Baptismus, qui est sacramentum tantum : quia sicut contractus et officia humana determinantur legibus humanis, ita contractus et officia spiritualia lege Ecclesiæ.* *Dist. 40. quest. unic. art. 4 ad 2.* Le saint docteur pouvait-il s'expliquer plus clairement ? N'est-ce pas dire en termes équivalents que le contrat matrimonial est régi par les lois de l'église parcequ'il est un contrat spirituel *in ordine ad sacramentum* ? que le pouvoir civil conserve donc son autorité ; personne ne la

[ARTICLE 36, § 6.]

lui ravit. Qu'il déclare nul un contrat stipulé sans les formalités qu'il a prescrites, ce contrat sera-t-il nul ? Oui ; qui le nie ? Il n'aura aucune valeur ; mais remarquez-le bien, il n'aura aucune valeur au for civil. Et qu'est-ce à dire, qu'il n'aura aucune valeur au for civil ? Cela signifie qu'il ne donnera aux contractants, dans la société civile, aucune action légitime, parceque tel est uniquement le résultat de la nullité d'un contrat civil. Mais si l'Eglise juge que ce même contrat est valide au for de la conscience *in ordine ad sacramentum*, il sera matière valide du Sacrement, et le mariage sera indissoluble aux yeux de l'Eglise. Et pourquoi ? Parceque ce n'est pas le contrat civil, mais le contrat naturel, divin, spirituel, ecclésiastique, qui est la matière du Sacrement de mariage ; et ce sont les lois de l'Eglise qui régissent les contrats et offices spirituels. *Determinantur contractus et officia spiritualia lege Ecclesiæ. Prohibitio legis humanæ non sufficeret ad impedimentum matrimonii, nisi interveniret Ecclesiæ auctoritas, quæ idem etiam interdicat. S. Th. in 4, dist. 42, 9, 11, art. 2. ad 4.* "

Le gouvernement civil n'a donc de pouvoir que sur ce qui est extrinsèque au mariage et sur ce qui regarde les effets civils.

Ainsi les règles propres aux divers régimes d'association conjugale, les règles spéciales à la communauté légale, celles de la communauté conventionnelle, les règles propres au régime dotal, celles du régime exclusif de communauté, tous ces points doivent être déterminés par la loi civile.

Ainsi encore, ce qui concerne les héritages, les successions, l'admission ou l'exclusion quand il s'agit des offices, des charges publiques ou privées, l'illégitimité des enfants dans le for civil, et d'autres causes de ce genre qu'on trouve dans les codes des différents peuples ou des différentes provinces.

Il peut arriver que certains mariages, dans certains pays,

[ARTICLE 36, § 6.]

soient sujets à des inconvénients temporels et civils ; de là les législateurs peuvent les désapprouver. Ils peuvent ordonner des peines contre ceux qui contractent de pareils mariages, mais ils ne peuvent rien contre l'indissolubilité de ces mariages.

De là vient que dans plusieurs pays on déclare illégitimes devant la loi civile, les mariages des enfants de famille qui se marient sans le consentement de leurs parents et bien plus encore ceux qui se marient contre leur gré.

On déclare de même illégitimes devant la loi, les mariages des soldats qui se marient sans la permission ou contre la volonté de leurs chefs.

On regarde encore comme illégitimes devant la loi, les mariages de ceux qui, sans permission, se marient avant d'avoir l'âge fixé par la loi ; ou de ceux qui ne font pas inscrire leurs noms dans les registres publics. Ceux qui agissent ainsi, quoique légitimement mariés devant l'Eglise, sont privés par le gouvernement civil, de tous les droits attachés au mariage légitime ; leurs enfants sont souvent privés du droit d'hériter, et ne peuvent remplir aucune charge publique.

Ainsi, par une ancienne loi en France, (édit de Henri II) le mariage des enfants de famille, contracté sans le consentement des parents, était déclaré nul, non pas quand au lien conjugal, mais quant aux effets civils ; et il était réglé 1^o que ceux qui se mariaient ainsi pouvaient être déshérités ; 2^o qu'ils pouvaient être obligés par leurs parents, à restituer les donations qui leur avaient été faites ; 3^o qu'ainsi déshérités, ils pouvaient être privés de tout secours qu'ils auraient reçus par la coutume ou par le contrat de mariage. D'Héricourt cite d'autres exemples. “ Il y a en France, dit-il, des mariages qui sont valables par rapport au sacrement, et qui sont nuls par rapport aux effets civils, de sort que les veuves, après la mort de leur époux, n'ont ni douaires, ni reprises, ni aucunes autres conventions matrimoniales, et que les enfans

[ARTICLE 36, § 6.]

qui sont nés de ces mariages, ou qui ont été légitimés par leur moyen, sont traités comme illégitimes par rapport aux successions. ”

Ainsi, qu'un mariage se contracte dans un pays, contrairement à des lois justes de ce pays, le juge pourra justement condamner à une peine ceux qui se sont ainsi mariés ; mais sa sentence ne pourra jamais rompre leur mariage légitime aux yeux de l'Eglise, et ils resteront toujours mariés. Le juge déclare qu'ils ont mal fait en transgressant la loi du pays : il les condamne à une peine ; mais il n'a pas le pouvoir de déclarer nul un mariage qui s'est contracté sans empêchement dirimant. S'il s'établit juge d'une cause matrimoniale, quant au lien, s'il dit que c'est au juge laïc et non au tribunal ecclésiastique de prononcer sur cette cause matrimoniale, il encourt l'anathème du Concile de Trente : “ Si quelqu'un dit que les causes de mariage n'appartiennent pas aux juges ecclésiastiques, qu'il soit anathème. ”

Dans certaines circonstances et pour des causes très justes l'Eglise déclare non-seulement valides, mais encore permis des mariages défendus par la loi civile. De là il arrive souvent que les mêmes époux sont légitimement et licitement mariés devant l'Eglise, et cependant sont considérés par le gouvernement civil, comme unis illégitimement.

Quelquefois aussi il arrive, ce qui ne devrait jamais arriver chez un peuple chrétien, qu'ils sont considérés comme légitimement mariés par le gouvernement civil et qu'ils sont rejetés par l'Eglise comme concubinaires. Ces sortes de cas ont lieu, lorsque le gouvernement s'arroge le droit de faire des lois qui concernent le lien conjugal, lorsqu'il reconnaît le mariage civil et qu'il autorise des mariages contraire aux canons qui déclarent nuls ces sortes de mariages.

Au reste, le lien conjugal que l'Eglise reconnaît dans un mariage valide reste indissoluble, malgré toutes les lois et tous les jugements civils, parceque ces lois et ces jugemens

[ARTICLE 36, § 6 et § 7.]

ne peuvent atteindre le contrat sacramental qui ne peut être l'objet de ces lois.

Telle est la doctrine de l'Eglise catholique. Saint Thomas Bellarmin, le cardinal Gotti, le cardinal Gerdil, Pontius et plusieurs autres que nomme Gonzales ont exposé et défendu cette doctrine.

Mais il nous suffit de citer l'autorité du Souverain Pontife Pie IX, qui, distinguant ce qui est essentiel au mariage : son lien, son indissolubilité, de ce qui lui est extrinsèque : les effets civils, déclare que les premiers appartiennent à l'Eglise, les secondes au gouvernement civil.

36, § 7. Celui qu'elle avait contracté précédem- ment est pour l'avenir dissous quant aux effets civils seulement ; il sub- siste quand au lien.	36, § 7. Marriage pre- viously contracted by him is dissolved for the future, in so far as regards its civil effects only ; the marriage tie subsists.
---	---

* *Pothier, Successions*, } L'ordonnance ne parle que du ma-
 ch. I, § 4, p. 20. } riage que le condamné a contracté
 depuis sa condamnation ; la condamnation ne dissout pas
 celui qu'il a contracté auparavant ; et je pense que les enfans
 qui en naissent, quoique depuis la condamnation, ont les
 droits de parenté civile, non pour succéder au condamné,
 qui est incapable de transmettre sa succession, mais pour
 succéder à ses autres parens.

* *Pothier, Mariage*, } Suivant le droit Romain, le mariage
 No. 467. } était rompu, lorsque l'un des conjoints
 devenait esclave.

Tout ceci n'avait lieu que dans le for extérieur. Devant Dieu, le lien du mariage ne peut se dissoudre que par la mort naturelle de l'un des conjoints.

[ARTICLE 36, § 7.]

* 2 *Pandectes Françaises*, p. 196. } Passons au paragraphe 7. Il porte que le mariage précédemment contracté par le condamné à une peine qui opère la mort civile, est dissous, quant à tous ses effets civils.

Ceci doit s'entendre pour l'avenir, et non du passé. Jusqu'au moment où la mort civile a été encourue, le mariage a été légal et régulier. Il a donc produit les effets civils. Ils cessent ; mais ils ne sont pas détruits pour le passé.

Ainsi, le mari condamné perd l'autorité maritale qu'il avait sur sa femme. Il perd la puissance paternelle qu'il avait sur ses enfans, la garde de leurs biens, et les autres droits qui étaient des suites et des effets civils du mariage.

Mais ni la femme, ni les enfans, ne perdent aucuns de leurs droits. Ceux-ci sont légitimes. Ils ont tous les droits de parenté civile, et par conséquent, la capacité succssible, tant active que passive. Ils succèdent à leur père, aux biens qu'il avait au moment qu'il a encouru la mort civile ; non à ceux qu'il a pu acquérir depuis ; parce qu'à l'égard de ceux-ci, il a perdu la capacité de transmettre. Ils succèdent, à tous leurs parens, tant paternels que maternels ; parce qu'ils conservent tous les droits qui leur étaient acquis. Ils succèdent, au lieu de leur père, dans le cas où il était appelé ; parce qu'ils se trouvent au degré suivant. Ils le représentent dans les cas où il y a lieu à la représentation ; parce qu'il est censé mort au moment où il a encouru la mort civile.

Quant au conjoint, qui ne l'a pas encourue, il ne perd aucun de ses droits. Au contraire, ces droits deviennent actifs ; et il peut les exercer, comme si l'autre conjoint était mort naturellement. C'est ce qui est décidé par le paragraphe huit de l'article 25.

* 3 *Pandectes Françaises*, } “ Le mariage se dissous, 1o. Par p. 446 et suiv. } la mort d'un des époux ; 2o. Par le divorce légalement prononcé ; 3o. Par la condamnation

[ARTICLE 36, § 7.]

devenue définitive, de l'un des époux (à une peine) emportant mort civile.—" (C. N., 221.) Le mariage, comme on le voit par cet article, se dissout, en général, de deux manières, naturellement et civilement. Naturellement, il ne se dissout que par le décès de l'un des époux. Civilement, il se dissout par le divorce régulièrement prononcé et par la mort civile de l'un des époux. Ces deux derniers moyens de dissolutions sont fort anciens. Presque tous les peuples ont admis le divorce ; presque tous ont attribué à la perte des droits civils, l'effet de dissoudre le mariage.

.....Le mariage, suivant le droit Romain, était également rompu par la mort civile. Ainsi, il se dissolvait par la réduction de l'un des époux en servitude, et par sa condamnation à une peine capitale perpétuelle, parce qu'elle le rendait esclave de la peine, et dans la suite, parce qu'elle opérait la mort civile (L. 1, ff. de Divort. l. 6, *cod.*)

Mais tout cela n'avait lieu que dans le for extérieur, et dans l'ordre civil, suivant les lois de l'Eglise, ni la servitude ni la condamnation à une peine emportant la mort civile, n'opéraient la dissolution du lien. Et cette discipline n'a point changé.

L'empereur Justinien avait introduit une autre manière de dissoudre le mariage. Il avait permis à celui des deux époux qui voulait embrasser la profession religieuse, de rompre son mariage (*Novel. 21, cap. 5*). Mais le pape Saint Grégoire s'éleva avec force contre cette loi. Il la déclara contraire à la parole de Dieu, et incapable d'être suivie, dans le for de la conscience. Saint Augustin n'écrivit pas avec moins de force, contre cette loi. On trouve la même doctrine, dans les lettres du pape Nicolas I, qui occupait le Saint Siège vers le milieu du neuvième siècle.

La loi de Justinien n'est point admise dans notre droit. Ainsi, ni dans le for extérieur, ni dans le for intérieur, on ne peut dissoudre le mariage de cette manière. Le vœu de con-

[ARTICLE 36, § 7.]

tinence que ferait une femme, serait nul. Si elle était allée faire profession religieuse, dans un pays étranger, ses vœux seraient également nuls, parce que, comme le dit le pape Nicolas I, dans sa lettre à Lothaire, Roi de France, sa personne ne lui appartient plus : et le mari aurait le droit de la forcer de revenir avec lui. “ *Certum est quoniam mulieres potestatem corporis sui non habent.*—Collection des Conciles du P. Labbé, tôme 8, lett. 51.

Le droit des Décrétales n'avait admis qu'une exception à cette règle. C'est le cas où les deux époux d'un commun consentement, embrassaient l'un et l'autre la profession religieuse (*Cap. I, X. de Convers. conjug.*) ; mais le seul consentement de l'un des deux, ne suffisait pas pour autoriser l'autre à faire des vœux en religion. Il fallait que l'un et l'autre fissent les mêmes vœux (*cap. 4 et 8 Eod.*).

* Gousset, *sur art. 25* } Le condamné à la mort civile est
C. N., p. 20. } privé de tous les droits civils, même de ceux qui ne sont pas compris dans l'énumération de l'article 25. La mort civile, considérée dans ses effets, est la privation de tous les droits qui ne sont pas rigoureusement nécessaires au soutien de la vie naturelle de l'individu qui en est frappé. Il ne peut plus disposer de ses biens immeubles, soit par donation entre vifs, soit par testament, ni en recevoir à ce titre, si ce n'est pour cause d'aliments. Mais il n'en est pas de même suivant plusieurs jurisconsultes, des effets mobiliers qui sont l'objet des donations manuelle. Celui qui est mort civilement peut faire et recevoir de pareilles donations (Locré, *Esp. du Code civ.*, tom. 1, p. 388 Toullier, *Droit civ. fr.*, tom. 1er, no. 282, note 2).

Il est incapable de contracter un mariage qui produise aucun effet civil. Mais, “ il faut remarquer, dit M. Toullier, qu'en refusant tous les effets civils aux mariages contractés depuis la mort civile, on reconnaissait au conseil d'Etat que

[ARTICLE 36, § 7.]

ces mariages sont avoués par la loi naturelle et par la la religion " (Ibid. n^o. 284). En effet, il n'existe aucune loi canonique qui annule les mariages dont il s'agit.

Le mariage qu'il avait contracté précédemment est dissout quant aux effets civils, mais non quant aux liens. *Quod Deus conjunxit homo non separet*. Les jurisconsultes le reconnaissent. " La mort civile ne dissout, dit M. Delvincourt, et ne peut dissoudre que le lien civile ; le lien religieux subsiste toujours, tellement que, si l'époux innocent venait à se remarier civilement, avant la mort de son premier époux, ce ne serait point un mariage qu'il contracterait dans le for intérieur, mais un adultère caractérisé qu'il commettrait. " (Cours de Cod. civ., tom. 1, page 215, édit. 1819.)

Nous finirons cette note en faisant observer que, si l'un des époux, étant dans la bonne foi, se mariait sans connaître la mort civile de l'autre époux, le mariage produirait tous les effets civils à l'égard des enfans et de l'époux qui est dans la bonne foi. Cette doctrine paraît conforme à l'article 201 du Code civil (Tronchet, Réal, Toullier, Delvincourt, Pailliet, sur l'article 201, où il cite un arrêt de la Cour de Cassation, du 15 Janvier 1816).

* *Idem*, sur art. 227 C. N., } Le mariage des chrétiens,
p. 94 et 95. } lorsqu'il est consommé, ne peut
être dissous, quant au lien, que par la mort naturelle de l'un
des époux. *Quod Deus conjunxit, homo non separet* (Matth. c.
19, v. 6). Cette doctrine a été reconnue par nos législateurs
en 1816. Suivant le premier article de la loi du 8 mai de
cette même année, " le divorce est aboli. " Le second article
porte que toutes " demandes et instances en divorce pour cau-
ses déterminées sont converties en demandes et instances en
séparation de corps. "

Il faut remarquer que le mariage n'est point, comme le porte l'article 227, dissous *par la condamnation* définitive de

[ARTICLE 36, § 7.]

l'un des deux époux à une peine emportant mort civile. Le mariage ne se dissout aux yeux de la loi, que *par la mort civile*. Or, la mort civile ne commence pas du jour de la condamnation, même définitive, mais seulement du jour de l'exécution ou de l'expiration des cinq ans de grâce, dans le cas de la condamnation par contumace.

Au reste, le mariage n'est dissous par la mort civile que quant aux effets civils.

*1 Malleville, sur art. } *Le mariage qu'il avait contracté. La dé-*
25 C. N., p. 40 et suiv. } cision portée dans ce §. n'a passé qu'après
de vives contradictions, et la question fut renouvelée sous différents rapports, même après la décision du conseil.

L'empereur disait qu'il ne concevait pas qu'une femme convaincue de l'innocence de son mari ne pût le suivre sans crime ; qu'elle ne pût vivre avec lui sans violer la pudeur ; que les enfans qui naîtraient de leur union, fussent déclarés bâtarde, et qu'on ne mît aucune différence entre cette femme et l'être vil qui se prostitue ; que, bien loin de la flétrir, on devait estimer sa vertu, et qu'il ne fallait pas ôter à ces infortunés la consolation de vivre ensemble, comme époux légitimes.

Ces raisons firent d'abord impression sur le conseil ; on parut convenir assez généralement que la condamnation à des peines emportant mort civile, devait seulement être une cause de divorce ; on proposa particulièrement, à l'égard de la déportation, d'arrêter que le mariage ne serait dissous qu'autant que la femme ne suivrait pas son mari dans l'année ; enfin on se détermina à passer définitivement l'article par la considération qu'un homme censé mort devant la loi, ne pouvait plus donner de postérité légitime, ni transmettre à ses enfans un état qu'il n'avait pas lui-même.

Quant à moi, je conviens que je demeurai imperturbablement de l'opinion de Sa Majesté Impériale, et il y avait, comme semble, de bonnes raisons pour s'y tenir.

Il était de maxime constante, avant la révolution, que le mariage, une fois légitimement contracté, n'était point au

[ARTICLE 36, § 7.]

nullé par une condamnation à mort civile survenue depuis ; c'est ce que décident une foule de lois du digeste, du Code et des Nouvelles, et ce qui avait été jugé par différens arrêts : on peut voir toutes ces autorités dans Despeisse, *titre du mariage*, sec. 4, n. 15 ; dans Loüet et Brodeau, *lett. c*, n. 14 ; dans Henris, etc., le motif de cette jurisprudence était que, dans l'intention des époux, le mariage avait été contracté pour la vie ; qu'il était une société de biens et de maux, et que chacun des époux devait supporter avec patience les malheurs qui arrivaient à l'autre ; *quid enim tam humanum est quam fortuitis casibus uxoris, maritum, vel uxorem viri participem esse*, dit la loi *ff. sol. matr.*

Bien loin que la constance de la femme à suivre un mari qu'elle est naturellement portée à croire innocent, puisse être un motif de dégradation, elle est au contraire un sujet d'éloge, et doit exciter l'admiration de tout cœur vertueux ; aussi la loi première, *Coa de repud.* qualifie t-elle sa résolution de projet louable, et dit que ni l'équité naturelle, ni les lois, ne peuvent souffrir qu'il en résulte pour elle du mal : *indolatam esse cujus laudandum est propositum, nec ratio æquitatis nec exempla permittunt.*

On voulut dans la discussion attribuer cette manière de penser à la faveur que le sacrement donnait parmi nous au mariage ; mais il fut aisé de répondre que les Empereurs et les Jurisconsultes romains, auteurs des lois citées, étaient des payens, et qu'il serait honteux que nous fussions vaincus en maxime de morale, par des hommes qui n'étaient pas éclairés des lumières de l'Evangile.

Peut-être n'a-t-on pas assez distingué, dans la discussion, les enfans nés de mariages contractés avant la mort civile, de ceux provenus de mariages contractés depuis ; on peut dire, à l'égard des derniers que le mariage des condamnés étant défendu par l'article 6 de l'ordonnance de 1639, et déclaré incapable de produire aucun effet civil, il ne peut pas

[ARTICLE 36, § 7.]

donner aux enfans qui en naissent une légitimité qu'il n'a pas lui-même ; mais il en est autrement des enfans nés d'un mariage contracté avant la condamnation ; l'ordonnance de 1639, ne parle nullement de ceux-là ; elle n'a rien changé à leur état ; ils restent dans la disposition des lois anciennes, et demeurent capables de succéder, non aux biens que leur père avait lorsqu'il a encouru la mort civile, et qui, dès ce moment, sont dévolus à ses héritiers naturels, mais à ceux qu'il pourrait avoir acquis depuis, à leur mère et à tous leurs parens tant paternels que maternels.....

* 1 *Duranton, No. 250.* } Le mariage que le mort civilement
} avait précédemment contracté est
dissous quant à tous ses effets civils.

Son époux et ses héritiers peuvent exercer respectivement les droits et les actions auxquels sa mort naturelle donnerait ouverture.

La communauté est donc dissoute, et il y a lieu de la partager, entre le conjoint et les héritiers du mort civilement.

* 2 *Duranton, No. 520.* } Quant à la mort civile, le mariage
} est bien dissous par elle, aux termes
de l'article 25 et de cet article 227.....

* 1 *Toullier, No. 285.* } Le mariage qu'avait précédemment
} contracté le condamné est dissous,
quant à tous ses effets civils (art 25.)

Dans le droit romain et dans l'ancienne législation française, le mariage n'était point dissous, quant au lien, par la mort civile. L'est-il sous l'empire du Code ?

Les mariages contractés par les émigrés en pays étrangers, pendant la mort civil, sont-ils nuls ?

Nous nous sommes livré à l'examen approfondi de ces

[ARTICLE 36, § 7, 8.]

questions, dans une consultation imprimée, délibérée avec MM. Malherbe, Corbière, Lesbaupin, Carré et Vatar.

Nous croyons y avoir prouvé jusqu'à la démonstration que, suivant les anciennes lois françaises, le mariage n'était point dissous, quant au lien, par la mort civile ; que les mariages contractés depuis la mort civile étaient valables aussi quant au lien, quoique privés des effets civils ; mais que ces effets leur étaient rendus, lorsque les individus morts civilement étaient rétablis dans leur premier état.

Nous avons prouvé ensuite que les lois intermédiaires respectèrent ce principe ; que le code civil s'est en ce point conformé à l'ancienne législation ; et que l'opinion de ceux qui voulaient introduire la nullité *quant au lien* des mariages contractés pendant la mort civile, et la dissolution aussi *quant au lien*, des mariages contractés auparavant, ne fut point admise dans les conférences tenues au conseil d'Etat pour la discussion du Code.

Voy. C. N., art. 25, cité sous § 1er du présent article.

36, § 8. Son conjoint et ses héritiers peuvent exercer respectivement les droits et actions auxquels sa mort naturelle donnerait lieu ; sauf les gains de survie auxquels la mort civile ne donne ouverture que lorsque cet effet résulte des termes du contrat de mariage.	36, § 8. His consort and his heirs may respectively exercise the rights and actions to which natural death would give rise ; saving rights of survivorship, to which civil death only gives rise when that effect results from the terms of the marriage contract.
--	---

* ff. de verb. obligationibus, } In insulam deportato reo pro-
 Lib. 45, Tit. I, L. 121, § 2. } mittendi stipulatio ita con-
 cepta : cum morieris dari, non nisi moriente eo committitur.

[ARTICLE 36, § 8.]

* 2 *Pandectes Françaises*, } On distinguait autrefois, entre
 p. 198. } les conventions pour lesquelles
 le cas de la mort n'avait été prévu que comme condition commune ; et celles dont la mort avait été la condition directe et spéciale. Celles-là étaient ouvertes par la mort civile : celles-ci restaient en suspens jusqu'à la mort naturelle (*Mortis appellatio intelligitur de naturali, non de civili.* L. 121, § 2, de *Verb. signif.*

* *Rousseau de la com-* } Expression de la mort dans les con-
 be, *Vo. mort*, p. 446. } trats, s'entend de la naturelle, non de la civile, *mortis appellatione intelligitur* etc., ainsi la convention stipulée par contrat de mariage : *Si tel décède le premier*, n'a lieu qu'en cas de mort naturelle, non de la civile, *melius omnandum*.... Autre chose serait de la donation à cause de mort faite *interconjuges constante matrimonio*, comme il est permis par le droit et dans quelques coutumes, laquelle donation serait valable en cas de mort civile du conjoint donateur qui surviendrait après la donation ; quoique de droit commun entr'autres personnes, la mort civile du donateur en cas de donation pour cause de mort, rende la donation nulle.

Quand il s'agit de la répétition des conventions matrimoniales de la femme, la séparation de même que la mort civile du mari, équipole à la mort naturelle, et donne la faculté à la femme de les répéter.

* *Richer, mort Ci-* } Loysel en ses institutes coutumières.
 vile p. 506. } liv. 1, tit. 3, du douaire, no. 6, donne cette maxime qui depuis a passé en proverbe : *Jamais mari ne paya douaire*. Aussi est-il certain qu'il n'y a aucun cas où le douaire puisse être dû pendant la vie du mari ; et que la femme n'en peut jamais obtenir la jouissance provisionnelle. Ce principe est établi par Argou, liv. 3, ch. 10 ; par Renusson, traité du douaire, ch. 5, no. 42 ; par Pocquet de Livonnière,

[ARTICLES 36, § 8 & 37.]

en ses règles du Droit Français, liv. 2, tit. 7, ch. 2, règle 33 ; par Loüet, lettre D, somm. 36, lequel rapporte un arrêt qui a jugé la question précisément dans le cas de la mort civile du mari, enfin par Ferrière, sur l'art. 229 de la Cout. de Paris, § 2, no. 9 ; par Auzanet, sur l'art. 256 ; par Bouguier, lettre M, no. 4.

Id., p., 509. } Il suit de là que la femme ne peut exiger de
 } douaire qu'après la mort naturelle de son mari ;
 parceque tant qu'il vit, elle n'a d'autre état à soutenir
 que celui qu'il tient lui-même. S'il est en état de mort civile,
 la femme est nécessairement dans une humiliation, qui fait
 que de simples alimens lui suffisent. A l'égard des enfans
 leurs prétentions sur le douaire ne périliclitent en aucune
 manière. Ils ne peuvent en exercer aucune, tant que leurs
 père et mère vivent.

* 1 *Toullier*, } Dans l'ancienne Jurisprudence, la mort
 No. 286. } civile ne donnait pas ouverture aux gains de
 survie : ils ne sont dus qu'en vertu d'une convention ; et la
 loi ne pouvant rien changer aux conventions, il semblait
 que ces droits ne pouvaient s'ouvrir que par la mort naturelle,
 qui est la condition sous laquelle ils ont été stipulés ; car les
 époux ne prévoyaient pas la mort civile de l'un d'entre eux
 lorsqu'ils ont contracté.

37. La mort civile est | 37. Civil death is in-
 encourue à compter de la | curred from the time of
 condamnation judiciaire. | the sentence.

* *Pothier, Successions*, } Les condamnations à une peine
 ch. 1, sec. 1, § III, p. 5. } capitale, lorsqu'elles sont pronon-
 cées par un jugement contradictoire en dernier ressort, ou
 confirmées par arrêts ou par jugemens par défaut, lorsque
 le condamné est mort après les cinq ans du jour de l'exécu-

[ARTICLE 36.]

tion du jugement par effigie ou tableau, sans s'être représenté, emporte mort civile et confiscation des biens du condamné, et par conséquent, le rendent incapable de transmettre sa succession.

Ibid., ch. 3, sec. I, § III, } Dans les Provinces telles que
p. 125-6. } les nôtres, où la confiscation a lieu,
le condamné à peine capitale, devient par la condamnation, incapable de transmettre sa succession, et d'avoir des héritiers : c'est pourquoi on ne peut pas dire que sa condamnation donne ouverture à sa succession. Mais comme il y a des Provinces dans le Royaume où le droit de confiscation n'a pas lieu, si un condamné a des biens situés dans ces provinces, la condamnation à une peine capitale, qui est celle de mort, des galères à perpétuité, ou du bannissement pour toujours hors le royaume, donne ouverture à sa succession pour les dits biens.

Il n'est pas douteux que la condamnation à peine capitale, lorsqu'elle est contenue dans un arrêt ou jugement en dernier ressort contradictoire, donne ouverture à cette succession du jour de la date du jugement. Si le jugement n'est pas en dernier ressort, l'effet est en suspens jusqu'à la confirmation ; s'il est infirmé, ou que le condamné soit mort pendant l'appel, le jugement n'aura point donné ouverture à sa succession ; mais s'il est confirmé, la succession du condamné sera réputée ouverte du jour du jugement et non pas seulement du jour de l'arrêt ; car c'est du jour du jugement qu'il a encouru la mort civile, suivant que nous l'avons vu chapitre premier.

* *Pothier, des personnes*, } Examinons dans quel temps la
Titre III, Sec. 2 p. 596. } mort civile est censée encourue
par les condamnés aux peines qui emportent mort civile.

Il faut distinguer si la condamnation a été rendue contra-

[ARTICLE 37.]

dictoirement, ou par contumace. Au premier cas, la mort civile est encourue irrévocablement du jour que la condamnation a été prononcée par un Juge souverain, soit qu'il soit juge en première instance, soit qu'il soit Juge d'appel.

.....Si le jugement en dernier ressort est attaqué par la voie de Requête civile, de la revision ou de la cassation : si le jugement n'est pas annulé, la mort civile est encourue du jour de l'arrêt contre lequel on s'est pourvu.

* 20 *Merlin, Rép., Vo. mort civile,* } De l'instant où commen-
 § 1. *art. 5. p. 432.* } cent la mort civile et l'incapacité qui en est la suite.—La mort civile n'étant qu'un effet de la condamnation, ne peut commencer avant que la condamnation soit prononcée, puisque jusqu'alors l'accusé reste en possession de son état ; en effet, loin que l'accusation d'un crime capital emporte par elle-même la mort civile, tout accusé est, au contraire, présumé innocent jusqu'à la condamnation, quelque évidentes que paraissent les preuves qui doivent servir à le condamner : il conserve jusqu'à cet instant tous ses droits ; et pour en rendre, suivant l'expression de l'auteur du droit commun de la France, les effets actuels et présents, il faut qu'elle soit définitive et contradictoire.

Ainsi, un accusé recueille une succession ouverte à son profit depuis l'accusation, mais avant la condamnation ; et il la recueille même, quoiqu'échue après la condamnation : si, par suite, il vient à en être déchargé, cette décharge à un effet rétroactif. Mais il n'en est pas de même s'il est condamné définitivement. Dans le cas d'appel de la condamnation par défaut si l'accusé meurt pendant cet appel, il est considéré comme n'ayant jamais été accusé. Il en est autrement lorsque la condamnation est confirmée par arrêt ; il n'a alors aucune part dans les successions qui lui sont échues depuis l'appel.

[ARTICLE 37.]

* 5 *Merlin, Répert., Vo. con-* } Condamné. C'est celui contre
damné, No. 1, p. 349. } lequel on a prononcé un juge-
 ment, soit en matière civile, soit en matière criminelle.
 Mais ce mot, pris substantivement, ne s'emploie qu'en ma-
 tière criminelle, pour désigner ceux contre lesquels il a été
 prononcé des peines afflictives ou infamantes.

Lorsqu'un homme est condamné à la mort naturelle ou à toute autre peine emportant la mort civile, il faut distinguer si c'est par sentence susceptible d'appel ou par jugement en dernier ressort ; et savoir encore si c'est contradictoirement ou par contumace.

Si la condamnation est susceptible d'appel, la validité des actes que le condamné a pu passer dans le temps intermédiaire, dépend de l'arrêt rendu sur l'appel ; si la sentence est confirmée, l'arrêt a un effet rétroactif, au jour de la sentence, et tous les actes qu'a pu passer le condamné depuis cette sentence, sont absolument nuls : mais ceux qu'il a faits auparavant, sans fraude marquée, subsistent comme étant faits par un homme libre ; car autre chose est d'être simplement accusé, et autre chose d'être condamné. Il faut pourtant excepter de la règle les dispositions testamentaires, qui dans quelque temps qu'elles aient été faites, deviennent nulles, quand celui qui en est l'auteur, est condamné irrévocablement à une peine emportant la mort civile. La raison en est simple : c'est que les dispositions à cause de mort se réfèrent toujours au moment du décès du testateur ; de sorte que, si alors il a été privé de la faculté de tester, tout ce qu'il a fait de relatif à ce moment, ne peut être d'aucune valeur.

Si le condamné meurt pendant l'appel, il meurt en possession de son état : et par conséquent les actes qu'il a faits, même depuis l'appel, sont valables.

Si la peine est confirmée par arrêt, il faut encore faire at-

[ARTICLE 37.]

tention si l'arrêt a été exécuté, ou s'il ne l'a pas été. Si le condamné vient à mourir avant l'exécution, il meurt également en possession de son état, et ses héritiers succèdent aux biens qu'il a pu laisser.... Ceci est fondé sur cette raison, que les effets de la mort civile ne peuvent point avoir lieu avant la mort civile même, qui, à l'imitation de la mort naturelle, ne s'opère que par l'exécution dont elle est la suite.

* *Id.*, p. 350. } Les condamnations qui emportent la mort
 } civile, sont celles qui prononcent la peine des galères à perpétuité, ou du bannissement perpétuel hors du royaume. Si la perpétuité n'est point attachée à ces peines, le condamné, quoique noté d'infamie par les galères ou par le bannissement à temps, ou même par d'autres peines moindres, comme par le blâme, par l'amende honorable, &c., ne perd point pour cela ses droits de citoyen.

* *Richer, Mort Civile*, } Le jugement en dernier ressort, lors
 p. 143 et suiv. contrà } qu'il confirme des condamnations prononcées par le juge inférieur, rend à ces condamnations tout leur effet, qui avait été suspendu par l'appel. Cela est si vrai, que les peines sont exécutées de l'autorité du premier juge.... D'où il suit nécessairement que la mort civile est encourue du jour du premier jugement confirmé. Mais pour que le jugement confirmatif produise cet effet et que le condamné soit réputé mort civilement du jour de la sentence, il ne suffit pas que ce jugement ait été arrêté entre les juges : il faut qu'il ait été prononcé au condamné. Nous allons tâcher d'établir ce principe, et nous examinerons en même temps s'il n'est pas même nécessaire que ce jugement ait été exécuté pour pouvoir influencer sur la vie civile.

Id., p. 146. } Il est constant qu'il ne doit pas y avoir de
 } difficulté à décider que le jugement ne produit son effet que quand il a été prononcé au condamné. Cette prononciation tient lieu de signification.

[ARTICLE 37.]

Id., p. 147. { Il est constant que les lois Romaines regardent le condamné comme mort civilement dès l'instant de la condamnation. Elles ont à ce sujet des textes précis.

La loi 10, §. 1. ff. de pœnis, s'exprime ainsi : Qui ex causâ in metallum dati sunt, et post hoc deliquerunt, in eos, tanquam metallicos constitui debet, quamvis nondum in eum locum perducti fuerint, in quo operari habent. Nam statim ut de his sententia dicta est, conditionem suam permutant.

La loi 29. ff. EOD. est aussi précise : Qui ultimo supplicio damnantur statim et civitatem et libertatem perdunt. Itaque præoccupat hic casus mortem, et nonnunquam longum tempus occupat. Quod accidit in personis eorum qui ad bestias damnantur : scèpe enim ideo servari solent post damnationem, ut ex his in alios quæstio habentur.

Enfin la loi 6. §. 6. ff. de injust. rapt. irrit. fact. test. est aussi précise que les précédentes : Sed et si quis fuerit capite damnatus, vel ad bestias, vel ad gladium, vel aliâ pœnâ quæ vitam adimit, testamentum ejus irritum fiet, et non tunc, cum consumptus est, sed cum sententiam passus est. Nam pœnæ servus efficitur.

Après des textes aussi clairs, il n'est pas permis de douter que la mort civile était encourue chez les Romains avant l'exécution.

Id., p. 148. { Il est donc constant que parmi nous il est nécessaire, pour que le jugement produise quelque effet, qu'il ait été prononcé au condamné, et que cela n'était pas nécessaire chez les Romains, qui le regardaient comme mort civilement dès qu'il était jugé : d'où il suit nécessairement qu'il n'était pas nécessaire que le jugement eût été exécuté, pour influencer sur l'état du condamné.

Dans nos mœurs, au contraire, la prononciation est nécessaire. Ainsi la question de savoir si l'exécution l'est aussi,

[ARTICLE 37]

demeure dans son entier. On peut même dire que nos lois ne fournissent point de raisons précises de décider ; et elles sont tellement en controverse à cet égard, qu'on peut prendre le parti qu'on croit le plus convenable, sans craindre d'en heurter les dispositions. Nous allons seulement rapporter les différents motifs sur lesquels on peut fonder l'une ou l'autre opinion.....

Id., p. 152. } Ces inconvéniens demanderaient sans
 } doute une nouvelle loi, qui apportât de sages
précautions pour y remédier : mais *ils ne nous paraissent pas
suffisans pour entraîner notre suffrage contre ceux qui prétendent
que l'exécution est nécessaire pour opérer la mort civile*, et que
la prononciation ne suffit pas. En effet, puisque la mort civile
n'est autre chose que la suite d'une peine, il est nécessaire
que cette peine existe, pour que la mort civile puisse
exister aussi ; à moins qu'on ne veuille considérer *le jugement* qui
ordonne cette peine comme étant la peine même ; *ce qui est absurde*.
La mort civile ne peut donc être encourue que par
l'exécution du jugement ; puisqu'il répugne que l'effet puisse
exister sans la cause qui le produit.

Id., p. 153. } *Nous croyons donc qu'il est plus conforme
 } aux règles et aux véritables principes, de dire
que l'exécution du jugement est nécessaire en France, pour opérer
la mort civile.* Ainsi un homme qui viendrait à décéder après
la prononciation, et avant l'exécution du jugement, mourrait
integri status. Et ce sentiment ne nous paraît pas être purement
d'opinion : il est fondé sur la jurisprudence. Rapportons
l'arrêt de 1566, qui se trouve dans Maynard, liv. 4, chap.
52. Il mérite la plus grande attention. Jean Pomiez par sentence
contradictoire du 26 Mai 1566, est condamné à mort, pour
avoir tué sa femme. Cette sentence est confirmée peu de
jours après, par arrêt du Parlement de Toulouse. On sursoit
à l'exécution du coupable, par des considérations particulières.
Pendant cette surséance, Jean Pomiez décède

[ARTICLE 37.]

dans les prisons. Le seigneur demande la confiscation prononcée par la sentence et par l'arrêt. Les enfans de Jean Pomiez, au contraire, soutiennent que l'arrêt de condamnation n'a point été exécuté ; mais que, par autre arrêt, l'exécution avait été suspendue, jusqu'à ce que la cour eut été plus amplement avertie que Jean Pomiez serait revenu à son bon sens. Cependant le condamné étant décédé, le premier arrêt est demeuré comme non avenue, et n'ayant point été exécuté au principal, il ne pouvait l'être quant aux accessoires, au nombre desquels est la confiscation, qui ne peut avoir lieu, que le corps ne soit confisqué par exécution réelle de la condamnation. Sur quoi la chambre de la tournelle ayant délibéré, il y eut partage, qui fut jugé à la grand' chambre, dont l'arrêt adjugea la succession aux enfans du condamné.

Ce coupable néanmoins était non-seulement condamné, mais il était décédé dans les fers. Le supplice était tout préparé ; il ne pouvait s'y soustraire. La mort naturelle l'en délivre : par là, la condamnation ne devient point notoire ; elle n'est point annoncée au public, elle ne reçoit aucune exécution authentique ; et cela suffit au Parlement de Toulouse, si célèbre par sa sévérité, pour décider que Pomiez est décédé dans l'intégrité de son état, et qu'il a eu la capacité de transmettre ses biens à ses enfans.

* ff. *Lib.48, Tit. 22, L. 19, §. 1,* } *Cùm in liberos homines ea*
de interdict. et releg. } *sententia fertur, quæ publicat*
eorum bona, qualis est in insulam deportatio, statim à sen-
tentia priorem conditionem mutant et succe pœncæ traduntur,
nisi quid majestatis insit, quod pœnam exasperari flagitet.

* *Gousset sur art. 26,* } *La mort civile n'étant pas une peine,*
C. N., p. 21. Contrà. } *mais l'effet de la peine, il est nécessaire*
que cette peine existe pour que la mort civile puisse égale-

[ARTICLE 38.]

ment exister. C'est une des raisons pour lesquelles la mort civile ne s'encourt que du jour où la condamnation est exécutée. Ainsi, un homme qui viendrait à décéder après sa condamnation, mais avant l'exécution du jugement, décèderait dans l'intégrité de ses droits. Quand même il décèderait en allant au lieu de son supplice, il recueillerait toutes les successions ouvertes depuis son jugement.

Mais il faut remarquer que l'art. 26 fait encourir la mort civile à compter *du jour* et non pas *du moment* de l'exécution. La mort civile commence donc avec le jour de l'exécution, c'est-à-dire, au premier minuit de ce jour. Cependant M. Delvincourt soutient une opinion contraire, et prétend que la mort civile ne peut être encourue que par l'exécution même et du moment de l'exécution.

C. N., 26. } Les condamnations contradictoires n'emportent la mort civile qu'à compter du jour de leur exécution, soit réelle, soit par affigie.

38. Le pardon, la libération, la remise de la peine ou sa commutation en une autre qui n'emporte pas mort civile, rendent la vie civile au condamné, mais sans effet retroactif, à moins d'un acte du parlement qui comporte cet effet.

38. Pardon, liberation, and the remission of the penalty or its commutation to another which does not carry with it civil death, restore the civil ability, but without any retroactive effect, unless such effect be specially granted by an act of Parliament.

2 *Pandectes Françaises*, } Il y a deux choses à remarquer
 pp. 232, 233. } sur cet article (32); d'abord la prescription. En second lieu, ses effets. La prescription prend

[ARTICLE 38.]

sa source dans les lois Romaines. On voit, par une constitution de Dioclétien et Maximien, rapportée au Code (L. 12 *ad Leg. Corn. de Falsis.*), que la prescription, en matière criminelle, était une ancienne coutume. *Quærela falsi, temporalibus præscriptionibus, non excluditur; nisi viginti annorum exceptione, sicut cætera quoque ferè crimina.* On voit, par cette constitution, que la prescription était de vingt ans; et qu'elle avait lieu à l'égard de presque tous les crimes. *Ferè*, dit la loi; d'où il résulte qu'elle n'était pas reçue indistinctement. Nous avons admis cette prescription avec les mêmes exceptions à peu près. Nous ne devons nous occuper de cette prescription, que quant à ses effets, relativement à l'Etat...Le parlement de Paris, suivait l'avis de Richer...et l'on tenait généralement, que la prescription n'effaçait que la peine: qu'elle ne rendait pas les droits civils.

4 *Stephen's Comm.*, } There are two ways of setting aside
 p. 504. } judgments, "with their several connected consequences of attainder, forfeiture, and corruption of blood" either by falsifying or reversing the judgment or else by reprieve or pardon.

Id., p. 510 *et* } ...The last and surest resort is in the Sovereign's most gracious pardon; the granting of which is the most amiable prerogative of the crown. Law, says an able writer, cannot be framed on principles of compassion to guilt: yet justice, by the constitution of England, is bound to be administered in mercy: this is promised by the king in his coronation oath, and it is that act of his government, which is the most personal, and most entirely his own. The king himself condemns no man; that rugged task he leaves to his courts of justice the great operation of his sceptre is mercy.

Id., p. 515. } As to the manner of pardoning it must be
 } under the great seal, or warrant under sign manual. A warrant, indeed, under the privy seal or sign ma-

[ARTICLE 38.]

nual was formerly held not competent to confer a complete irrevocable pardon. But now by 7 and 8 Geo. IV, c. 28, s. 13, where the king's majesty shall be pleased to extend his royal mercy to any offender convicted of any felony punishable with death or otherwise, and by warrant under his royal sign manual, countersigned by one of his principal secretaries of state, shall grant to such offender either a free or conditional pardon ; the discharge of such offender out of custody, in the case of a free pardon, and the performance of the condition, in the case of a conditional pardon, shall have the effect of a pardon under the great seal for such offender as to the felony for which such pardon shall be granted, subject, however to a proviso, that they shall have no effect to prevent or mitigate the punishment to which the offender might otherwise be lawfully sentenced on a subsequent conviction for any felony committed after such pardon. There may also be a constructive pardon without any seal or sign manual, and by the mere endurance of the appropriate punishment. For, by 9 Geo. IV c. 32 s. 3. (reciting that it is expedient to prevent all doubts respecting the civil rights of persons convicted of felonies not capital, who have undergone the punishment to which they were adjudged,) it is enacted, that where any offender shall be convicted of any felony not punishable with death, and shall endure the punishment to which he hath been adjudged for the same, the punishment so endured shall have the like effects and consequences as a pardon under the great seal, as to the felony whereof the offender was so convicted.

Id., p. 516. } It is a general rule, that whenever it may be reasonably presumed the King is deceived, the pardon is void.

Id., p. 517. } A pardon may be conditional ; that is, the King may extend his mercy upon what terms he pleases, and may annex to his bounty a condition either prece-

[ARTICLE 38.]

dent or subséquent, on the performance whereof the validity of the pardon will depend, and this by the common law.

Id., p. 518. } The effect of such pardon by the King, is to make
 } the offender a new man : to acquit him of all corporal penalties and forfeitures annexed to that offence for which he obtains his pardon ; and not so much to restore his former, as to give him new credit and capacity.....And nothing can restore or purify the blood when once corrupted, if the pardon be not allowed till after attainder, but the high and transcendent power of parliament.

6 *Bacon's abridgment*, Vo. } The power of pardoning offen-
Pardon, p. 133. } ces is inseparably incident to the crown ; and this high prerogative the King is intrusted with upon a special confidence that he will spare those only whose case, could it be foreseen, the law itself may be presumed willing to have excepted out of its general rules, which the wisdom of man cannot possibly make so perfect as to suit every particular case.

Id., p. 134. } It is laid down in general, that the King may
 } pardon any offence whatever, whether against the common or statute law, so far as the public is concerned in it, after it is over, and, consequently, may prevent a popular action on a statute, by pardoning the offence before the suit is commenced.

Id., p. 141. } We must observe a difference between a
 } pardon by parliament and that under the great seal ; that as to pardon by parliament the same cannot be waived, because no one by his admittance can give the court a power to punish him where it judicially appears there is no law to do it, but a man may waive a pardon under the great seal by pleading other matter without taking any notice of it.

[ARTICLE 38.]

Id., p. 142. } The party must insist on the benefit of this kind
 } of pardon (a particular pardon under the great seal); and therefore it hath been held to be error, to allow a man the benefit of a pardon under the great seal, unless he plead it.

Id., p. 143. } A pardon restores a man to his credit so as
 } to enable him to be a witness; but yet his credit must be left to the jury.

Id., p. 144. } This effect will be produced by a pardon
 } in misdemeanors as well as felonies, wherever the disability is a consequence of the judgment: but where it is declared by an act of parliament to be part of the punishment, as in the case of perjury or subornation of perjury, on the 5 Eliz., c. 9., the King's pardon will not make the witness competent.

Id., p. 145. } A restitution of blood, in its true nature and
 } extent, can only be by act of parliament; and therefore if a man attainted be pardoned by act of parliament, he is totally restored and inheritable to all persons: but if he be pardoned by charter he may thenceforth purchase lands, but cannot inherit his former relations; for the King's charter cannot alter or take away the right of others, or restore the relation that was lost.

If a man be attainted, and after pardoned by charter, the children born before such pardon shall not inherit; but if they fail, the children born after such pardon may inherit him; for the pardon makes him capable of new relations as well as of new purchases, though all the old legal benefits and relations are lost.

1 *Hale's P. C.*, p. 358. (*Ed.* } Touching restitutions in blood they
A. D. 1800, p. 356). } are of two kinds, by pardon, and by
 act of parliament. The king's pardon, though it doth not restore

[ARTICLE 38.]

the blood, yet as to issues born after it hath the effect of restitution. A. hath issue B. a son, and then is attaind of treason or felony, and then is pardoned and purchaseth land in fee simple, and then hath issue C. if A. dies, and B. survives, and after dies without issue, yet the land eschete *pro defectu heredis*, for the pardon restores not the blood between A. and B. that was born before ; but if B. had died without issue in the life of A. and then A. had died, the land should descend to C. because he was not in being while his father's attainder stood in force, but was born after the purging of the crime and punishment by the pardon. (*Co. Litt.* § 747.)

But restitution of blood in its true nature and extent can only be by act of parliament.

Restitutions by parliament are of two kinds, one a restitution only in blood, which only removes the corruption thereof, but restores not to the party attaind or his heirs the manors or honours lost by the attainder, unless it specially extend to it ; the other is a general restitution not only in blood, but to the lands, etc., of the party attaind.

A restitution in blood may be special and qualified, but generally a restitution in blood is construed liberally and extensively.

A. hath issue B. a son, and is attaind of treason and dies, B. purchaseth land in fee simple, B. by parliament is restored only in blood, and enabled as well as heir to A. as to all other collateral and lineal ancestors, provided it shall not restore B. to any of the lands of A. forfeited by the attainder, B. dies without issue ; it was ruled, that the lands of B. shall descend to the Sisters of A. as aunts and collateral heirs of B. I^o. Because the corruption of blood by the attainder is removed by the restitution. II^o. although the words of the act of restitution be to restore B. only as heir to A. etc., yet this doth not only remove the corruption of blood, and restore him

[ARTICLE 38.]

and his lineal heirs in blood, but also his collateral heirs and removes that impediment, which would have hindred the descent to them. (*Co. P. C. cap. 106. Courtney's case.*)

2 *Hawkins' Pleas of the Crown,* } *Sec. 48.* What is the effect
Bk. 2, ch. 37, s. 48, p. 547. } of a pardon ?

I take it to be settled at this day, that the pardon of a treason or felony, even after a conviction or attainder, does so far clear the party from the infamy and all other consequences of his crime, that he may not only have an action for a scandal in calling him traitor or felon after the time of the pardon, but may also be a good witness notwithstanding the attainder or conviction ; because the pardon makes him as it were a new man, and gives him a new capacity and credit.

Id. sec. 54, } But it seems to be a settled rule, that no
p. 549. } pardon by the King, without express words of restitution, shall divest, either from the King or subject, an interest either in lands or goods vested in them by an attainder or conviction preceding. Yet it seems agreed, that a pardon prior to a conviction shall prevent any forfeiture either of lands or goods.

13 *Petersdoff's abridgment,* } The King's pardon, if gene-
p. 80. Note. } ral in its purport and suffi-
 cient in other respects, obliterates every stain which the law attached to the offender. Generally speaking, it puts him in the same situation as that in which he stood before he committed the pardoned offence, and frees him from the penalties and forfeitures to which the law had subjected his person and property ; see 4 Black. Com. 402. Though a pardon cannot wash away those doubts which the evidence of one who has committed a serious offence will be received,

[ARTICLE 38.]

yet, in point of law, a legal pardon impliedly removes the stigma and restores a man to credit, so as to enable him to be a witness, and it so far makes him a new man as to entitle him, according to some of our old books, to bring an action against any one who scandalizes him in respect of the crime pardoned. When the offender's property and civil rights have once vested in the King, they cannot be restored to the offender, nor are they diverted from his majesty by a mere pardon, without a clause of restitution; it seems, however, that a clause of release of all judgments and executions in a general pardon extends to debts due to the King by forfeiture, and extinguishes or merges the debt in the hands of the debtor- See 1 *Saund.* 362, 368; 1 *Lev.* 120.

1 *Chitty's Crim. Law,* } The most beneficial of all pardons is
pp. 776-777. } that which is granted by authority of parliament to reverse the attainder, by which every corruption of blood will be done away for ever. This may restore either the hereditary capacity merely, or all the lands and other property actually forfeited, according to the degree of favour which the legislature intends to confer. When the latter is the case, the defendant will have the same equitable interest in every part of his estate which he possessed before the attainder.

* *S. R. C., c.* 93, } *Sec.* 112.—Sa Majesté la Reine, ou le Gouverneur, pourra étendre la clémence royale
ss. 112-113. } à toute personne condamnée à l'emprisonnement en vertu d'aucun des actes criminels précédents, bien qu'elle soit emprisonnée pour non paiement de deniers à quelque partie autre que la couronne. 4, 5 *Vic. c.* 24, s. 56,—c. 26, s. 35,—c. 25, s. 61,—c. 27, s. 39.

Sec. 113.—Toute et chaque fois qu'il plaît à Sa Majesté

[ARTICLE 38.]

la Reine, ou au Gouverneur, d'étendre la clémence royale à un délinquant convaincu d'une félonie punissable de mort ou autrement, et de lui accorder, par warrant sous le seing manuel royal, contresigné par un des principaux secrétaires d'Etat, ou par warrant sous le seing, le sceau et les armes de tel Gouverneur, un pardon soit absolu, soit conditionnel,—sa mise en liberté dans le cas de pardon absolu, et l'exécution de la condition, dans le cas de pardon conditionnel, auront l'effet d'un pardon accordé au dit délinquant sous le grand sceau, quant à la félonie pour laquelle le pardon a été accordé ; mais nul pardon absolu, nulle mise en liberté par suite d'icelui, nul pardon conditionnel, et nulle exécution de la condition attachée à icelui, n'arrêteront ni ne mitigeront, dans aucun des dits cas, la punition à laquelle le dit délinquant pourrait être autrement légalement condamné, sur conviction subséquente pour toute félonie commise après tel pardon. (4, 5 V. c. 24 s. 48.)

TITRE DEUXIÈME

TITLE SECOND.

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL. OF ACTS OF CIVIL STATUS.

RAPPORT DE MM. } Les actes de l'état civil sont des écrits
 LES COMMISSAI- } qui servent à constater les naissances, les
 RES. } mariages et les décès, sources d'où découle
 principalement l'état civil des personnes, ainsi que les droits
 et obligations qui y sont attachés.

Il était nécessaire de pourvoir à un mode uniforme et certain de prouver des faits de cette importance, qui forment la base même de la société.

Tel est l'objet du présent titre dans lequel sont indiquées les formalités requises pour la validité de ces actes et pour la tenue des registres destinés à les recevoir.

Ce titre se divise en six chapitres, le premier contenant les règles générales communes à tous les actes, soit de naissance, de mariage ou de décès ; les trois suivants tracent les règles particulières aux actes relatifs à chacun de ces trois événements. Ainsi, le chapitre deux traite des actes de naissance, le troisième, de ceux de mariage, et le quatrième, de ceux de

décès ; un cinquième chapitre concerne les actes de la profession religieuse, espèce de décès d'un caractère particulier, et requérant des dispositions spéciales. Enfin, dans le sixième chapitre sont indiqués les moyens de rectifier les erreurs et suppléer les omissions qui peuvent avoir été faites, soit dans les actes mêmes, soit dans les registres.

Les dispositions de ce titre sont en grande partie tirées de nos lois provinciales, calquées elles-mêmes sur l'ordonnance de 1667 et sur la déclaration explicative de 1736.

D'après le système qu'elles nous ont fait, la confection des actes et la tenue des registres sont confiées aux ministres des différentes religions et congrégations religieuses. Ce système, qui est à peu près celui suivi en France avant la révolution,

y a été depuis supprimé ; le soin de rédiger les actes et de tenir les registres a été confié par le code à des officiers purement civils, sans qu'il soit besoin de l'intervention du ministre de la religion, qui est de pure surérogation dans les cas où on y a recours.

Ce nouvel ordre de choses, dû aux idées du temps où il fut adopté, approuvé par les uns et critiqué par les autres, n'a pas paru aux Commissaires préférable à celui qui a été constamment en usage dans le pays depuis son établissement, et qui est si intimement lié avec ses institutions ; ils croient devoir conserver le système actuel et sont d'avis qu'il ne pourrait être supprimé sans de grands inconvénients.

Aussi, le présent titre diffère-t-il essentiellement de celui qui lui correspond au code, quoique l'on en ait suivi, autant que possible, les détails, l'ordre et les divisions.

Un article en imitation de l'article 34 du Code Napoléon tel que proposé d'abord, a été retranché lors de la discussion parce que les requisitions qu'il contenait ne sont pas également applicables aux différens actes dont traite le titre.

L'article 39 proscriit l'insertion aux actes de tout ce qui y est étranger inutile ou superflu. Y insérer tout ce que l'on voudrait y introduire, serait surcharger les registres sans profit, et parfois constater des déclarations fausses ou injurieuses à des tiers non présents.

Il y a des cas où une partie a intérêt d'être représentée à un acte, quoiqu'il ne soit pas nécessaire qu'elle y soit personnellement présente ; alors il faut une procuration spéciale, c'est-à-dire pour le cas même ; c'est ce que décrète l'article 40 qui diffère de l'article 36 du Code Napoléon, sur lequel il est basé, en ce que ce dernier veut que la procuration soit authentique, tandis que le nôtre ne l'exige pas ; cette formalité ne paraissant pas indispensable.

L'importance des actes de l'état civil est telle, qu'il est nécessaire que ceux dont la présence y est requise sachent bien ce qui s'y insère ; à cette fin l'article 41 exige que l'offi-

cier qui les rédige leur en fasse lecture, aux fins de remédier à l'abus trop commun non seulement d'omettre cette lecture, mais même de faire signer le registre avant que l'acte y soit inséré.

Ces trois articles, empruntés au Code Napoléon, ne sont fondés particulièrement sur aucune de nos lois que l'on puisse citer, mais ils sont conformes au bon sens et ne dérogent à aucune de ces lois ; c'est pourquoi ils sont présentés en addition plutôt qu'en amendement à la loi actuellement en force.

Les registres destinés à recevoir les actes de l'état civil sont fournis aux frais des églises, congrégations ou sociétés religieuses qui ont droit de les garder, (43) ; ils sont tenus doubles par les curés ou ministres de ces églises, congrégations ou sociétés, (44) ; chacun de ces doubles est également authentique (42) ; ils doivent être cotés et paraphés par un juge ou protonotaire, (45) ; les actes y sont inscrits de suite, sans blancs, sans abréviations ni chiffres ; les ratures et renvois en sont approuvés et paraphés (46) ; un des doubles est déposé au greffe du district, (47) ; l'autre est retenu par celui qui l'a tenu ou qui en a la garde, (49) ; le double déposé au greffe est vérifié par le protonotaire qui dresse procès-verbal de cette vérification, (48). Les dépositaires de l'un ou de l'autre des doubles délivrent à quiconque les requiert, des extraits qui sont authentiques, (50) ; à défaut de registres, les naissances, mariages et décès se prouvent par autres écrits ou par témoins, (51) ; les dépositaires des registres sont responsables, sauf recours, des altérations qui y sont faites (52).

L'article 53 pourvoit au mode de punir les infractions commises contre les dispositions du présent titre, lesquelles sont toutes extraites de nos statuts et ne requièrent aucunes marques spéciales.

Mais cet article, pris du Code Napoléon, (art. 50), d'accord avec notre propre législation, (35 Geo. III, chap. 4, sect. 7), et à celle de la France, (Ord. de 1667, tit. XX arts. 12, 13, 18), n'est pas adopté à l'unanimité ; l'un des Commissaires (Judge Day)

y objecte, pour la raison que les pénalités de la nature de celles imposées sont déplacées dans un code civil, objection qui s'applique également aux articles 66 du présent titre, et 157 et 158 du titre cinq. (Voir le rapport spécial qui fait suite au présent.)

Indépendamment de l'exemple du Code Napoléon, de l'autorité de notre législation, et de celle de l'Ordonnance de 1667, qui laissent peu de discrétion à exercer dans le cas actuel, une majorité des Commissaires est d'avis, qu'en thèse générale, l'imposition d'une amende pécuniaire apposée comme sanction d'une loi civile, non seulement n'est pas hors de place dans un code civil, mais que souvent elle y est indispensable, parce que, dans plusieurs cas, la loi ne serait sans cela qu'un simple précepte, sans moyen effectif d'en punir l'infracteur.

CHAPITRE II.

DES ACTES DE NAISSANCE.

Ces actes comprennent le jour de la naissance, le sexe et les noms de l'enfant, ceux des père, mère, parrain et marraine, ainsi que leur domicile et profession (54) ; ils sont signés sur les deux registres par le fonctionnaire public, par le père et la mère, s'ils sont présents, par les parrain et marraine (55) ; si quelques-uns d'eux ne peuvent signer, la cause qui les en empêche est mentionnée. Si l'enfant est né de parents inconnus, le fait est mentionné à l'acte (56). Ces trois articles comprennent les dispositions qui sont particulières aux actes de naissance.

CHAPITRE III.

DES ACTES DE MARIAGE : PUBLICATION DE BANS.

Le mariage doit être précédé de publications de bans dont les règles sont tracées au titre du mariage (130) ; le fonctionnaire chargé de le célébrer ne peut y procéder sans s'être fait représenter un certificat (dont la forme et le contenu sont marqués dans l'article 58), constatant que les publications requises ont eu lieu, à moins qu'il ne les ait faites lui-même, ou que les parties n'aient obtenu une dispense ou licence autorisant l'omission de ces publications (57, 59). Aux cas où elles sont nécessaires, et qu'elles ont été faites, elles doivent être renouvelées, si le mariage n'a pas lieu dans l'année qui les a suivies (60).

Au cas d'opposition au mariage, il doit être sursis à la célébration jusqu'après main-levée (61), à moins que cette opposition ne soit fondée sur une simple promesse de mariage qui doit être traitée comme nulle et sans effet (62).

C'est au lieu du domicile de l'un des époux que le mariage doit être célébré ; s'il l'est ailleurs, le célébrant est responsable de l'identité des parties (63). Six mois de résidence suffisent pour constituer le domicile quant au mariage (63).

L'article 64 détermine la forme de l'acte de mariage, ce qu'il doit comprendre, et les personnes qui doivent y assister et le signer, tandis que l'article 65 contient l'énumération de ce qui doit y être énoncé.

CHAPITRE IV.

DES ACTES DE SÉPULTURE.

L'article 66 veut qu'un délai de vingt-quatre heures s'écoule entre le décès et l'inhumation, et punit d'une amende l'infacteur de cette disposition. M. le Commissaire Day objecte à l'imposition de cette amende, pour les raisons données sur l'article 53.

L'article 67 détermine la forme de l'acte de sépulture, ce qu'il doit énoncer et les parties qui le doivent signer. Ces dispositions sont, par l'article 68, déclarées applicables aux communautés religieuses et hôpitaux où il se fait des inhumations.

La sépulture ne peut se faire sans l'autorisation du coroner ou autre officier le remplaçant, lorsqu'il y a lieu de croire que le décès est dû à la violence, ou s'il a lieu dans une prison, asyle ou autre lieu de détention (69).

Un article, qui imposait à certaines personnes le devoir de provoquer l'enquête du coroner, est omis comme appartenant plutôt au droit administratif qu'au droit civil.

Nous avons sur le sujet des exhumations deux statuts provinciaux, l'un de 1853 et l'autre de 1856, refondus dans le chapitre 21 des Statuts Refondus du Bas-Canada.

L'on avait d'abord fait des dispositions de ces statuts un chapitre particulier qui était le 5e du présent titre : lors de la discussion, il a été trouvé que ces dispositions, pour la plupart, regardaient la procédure et seraient mieux placées au code qui doit la régler. En conséquence ce chapitre 5, qui était intitulé : " Des exhumations ", a été supprimé en entier ; l'on n'en a gardé que ce qui compose les articles 33a et 33b portés au chapitre 4 dont ils font partie.

Le premier prohibe toute exhumation sans l'autorisation du juge, et le second déclare que cette autorisation ne sera accordée que trois ans au moins après le décès, lorsqu'il arrive par suite de maladie contagieuse.

Il est à remarquer que M. le Commissaire Day, ainsi qu'on le verra par son rapport spécial, ne concourt pas dans les articles 69 et les articles 33a et 33b, comme n'étant que de simples règlements de police.

Ce chapitre 5 " Des exhumations, " remplaçait, dans ce titre, le chapitre 5 du Code Napoléon, relatif aux actes de

l'état civil des militaires, omis, comme inutile, et peu d'accord avec notre état et nos circonstances. (*)

CHAPITRE V.

DES ACTES DE LA PROFESSION RELIGIEUSE.

Définitivement, le chapitre 5 du présent titre se compose des dispositions relatives aux actes destinés à constater la profession religieuse, ainsi qu'il suit.

Après avoir admis la profession religieuse qui, en certains cas, emporte la mort civile, il était nécessaire de pourvoir aux moyens de constater ce décès d'une espèce particulière, requérant en conséquence des dispositions particulières. A cet effet, comme nos statuts ne contiennent rien sur le sujet, il a fallu recourir aux lois françaises, qui ont été le modèle suivi et la source où l'on a puisé, pour composer le présent chapitre. Il est principalement extrait de l'Ordonnance de 1667, et de la déclaration de 1736, aux dispositions desquelles, sur le sujet, il est en tout conforme, à l'exception de l'article 71, qui en diffère pour les raisons données ci-après.

Comme dans le cas des autres actes de l'état civil, ceux constatant la profession religieuse qui emportent mort civile sont inscrits sur deux registres semblables, tenus par chaque communauté où telle profession est permise (70.) Ces registres sont cotés et paraphés comme les autres (71) ; les actes y sont inscrits de la même manière et contiennent les

(*) Ces deux articles 33a et 33b ne furent pas adoptés par la législature. Ils étaient conçus comme suit :

33a. Lorsque la sépulture est faite et que l'acte en est dressé, le corps ne peut être exhumé sans l'autorisation du juge, laquelle s'obtient dans les cas et avec les formalités énoncés au code de procédure civiles—S. R. B. C., ch. 21, s. 2, § 1—Guyot, Rép. *Vo. Exhumation*, p. 209 ; *Vo. Sépulture*, p. 241.

33b. Le corps de toute personne morte de maladie contagieuse, ne peut être exhumé que trois ans au moins après une inhumation.—S. R. B. C., c. 21, s. 2 § 3.

noms, prénoms, l'âge et le lieu de naissance de la personne qui fait profession, ainsi que les noms et prénoms de ses père et mère ; ils sont signés par la partie, par deux de ses parents ou amis, par la supérieure de la communauté et par l'évêque ou autre ecclésiastique qui fait la cérémonie (72). Ces registres durent cinq années, après lesquelles l'un des doubles est déposé au greffe, l'autre restant dans les archives de la communauté (73).

Les extraits qui en sont tirés, signés et certifiés par la supérieure de la communauté ou par les dépositaires de l'un des doubles, sont authentiques et peuvent être indifféremment exigés de l'une ou des autres, (74).

Comme il a déjà été dit, tous ces articles étant conformes à l'ordonnance de 1667, expliquée par la déclaration de 1736, sont regardés comme étant la loi en force sur le sujet ; il y a cependant exception pour l'article 71 qui veut que les registres soient cotés et paraphés de même que les autres, suivant l'article 6 de ce titre, tandis que suivant l'ordonnance (tit. 20 art. XV), ils doivent l'être par la supérieure de la communauté. L'uniformité dans le mode d'authentifier les registres de l'état civil a paru désirable ; l'importance des actes que ceux dont il est ici question sont destinés à recevoir, à fait croire qu'il était préférable de les soumettre aux formalités exigées sous ce rapport pour tous les autres.

L'un des Commissaires (le ^{re} Juge Day) ayant, au titre précédent déclaré, pour les raisons déjà déduites, que, dans son opinion, la profession religieuse n'existe plus légalement dans la province, du moins comme produisant la mort civile, a dû tout naturellement regarder comme inutiles et déplacées des dispositions qui sont exclusivement fondées sur l'assumption qu'elle existe et qu'elle produit la mort civile comme conséquence. Aussi, n'a-t-il pu concourir dans l'adoption du présent chapitre, qui est proposé par les deux autres Commissaires seulement, sans qu'il soit nécessaire de répéter ici les raisons

sur lesquelles sont fondées les opinions différentes sur cet important sujet.

CHAPITRE VI.

DE LA RECTIFICATION DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

Comme l'indique sa rubrique, ce chapitre a pour objet de pourvoir au mode de rectifier les erreurs et de suppléer les omissions qui peuvent se faire dans les actes et registres de l'état civil.

L'ordonnance de 1667 ne contient aucunes dispositions sur le sujet ; c'était une lacune qui a été comblée par la déclaration de 1736, art. 30, sur lequel sont, en grande partie, fondés les articles qui suivent.

Cette omission se rencontre également dans nos Statuts. L'acte 35 George III, ch. 4, qui était la loi sur le sujet, pourvoit bien au mode de corriger les erreurs commises dans les actes et registres avant la passation de cette loi, comme on le voit par les clauses 11 et 13, mais pour l'avenir rien n'y est ordonné. C'était un oubli regrettable que les Commissaires ont voulu réparer au moyen du présent chapitre, qui ne diffère de celui qui lui correspond au Code Napoléon qu'en ce que ce dernier ne pourvoit pas au cas d'omission totale, tandis que le nôtre contient une disposition à cet égard, comprise dans un article distinct qui est offert comme amendement à la loi actuelle.

Si l'erreur existe dans l'acte même, elle est rectifiée par la cour au greffe de laquelle est ou doit être déposé le registre (75).

Son jugement est entré en marge ou annexé au registre (76). Au cas d'omission totale, elle est suppléée de la même manière, et le jugement qui l'ordonne est inscrit en marge ou annexé au registre, à l'endroit où aurait dû se trouver l'acte omis (77).

Ces jugements sont sans effet contre ceux qui ne les ont pas demandés ou qui n'y ont pas été appelés. (78).

TITRE SECOND.

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

RAPPORT SPÉCIAL DE } Les articles 53 et 66 imposent des pé-
M. LE COMMISSAI- } nalités, et pour cette raison, je ne puis
RE DAY. } les adopter, considérant qu'ils n'appar-
tiennent pas, à proprement parler, à un code civil. Cette ob-
jection s'applique, comme de raison, à tous les articles qui
contiennent des dispositions pénales.

C'est pour une raison de la même nature que je pense que les articles 69 et 33a, 33b, ne devraient pas se trouver dans la codification des lois civiles. Ils ne sont, à mon avis, que de simples règlements de police. (*)

1 *Duranton, Droit Français, Liv. 1, } La loi sur les actes de*
Tit. 2, p. 204 et suiv., No. 267. } l'état civil est une des
plus importantes du Code, puisque toutes ses dispositions ont
pour objet de fixer d'une manière certaine l'état des person-
nes, par la composition de la famille, et qu'elles sont le
complément de la loi qui régit la jouissance des droits civils.

En effet, ces droits prennent leur source dans les trois principaux événements qui signalent le passage de l'homme sur la terre, sa naissance, son mariage et sa mort.

Par sa naissance, l'homme prend son rang dans la Société où il a reçu le jour, et dans la famille qui le lui a donné ; et afin que son état ne soit point exposé aux chances du hasard et aux embûches de la fraude, il importe de constater authentiquement le fait de la naissance et la filiation ; car l'un at

(*) Voyez p. 338, note sur ces articles qui n'ont pas été sanctionnés par la législature.

tribue à l'individu la qualité de Français, et l'autre lui assure tous les droits de famille.

En avançant dans la carrière de la vie, il sent le besoin de laisser après lui quelqu'un qui le remplace et perpétue son nom ; il se choisit une compagne ; mais l'union qu'il va former doit être soumise à des règles fixes, certaines, qui lui impriment un caractère légal pour en assurer les effets.

Enfin, la mort rompt tous les liens qui attachaient l'homme à ses semblables ; toutefois, en cessant de vivre, il transmet des droits à d'autres appelés à le remplacer, et par cela même cet événement, fondement de ces nouveaux droits, veut être aussi solennellement constaté.

Id., No. 268. } Les naissances, les mariages et les décès
doivent donc être attestés par des actes authentiques, irrécusables, puisque l'état des personnes et des familles est attaché à leur existence et à leur conservation.

Il y a néanmoins des règles applicables indistinctement à tous ces actes, et des règles spéciales pour chacun d'eux.

Id., p. 206, No. 272. } On peut entendre, par état civil,
la qualité à raison de laquelle les personnes, considérées par rapport à la société en général ou par rapport à la famille en particulier, jouissent de certains droits plus ou moins étendus, et sont soumises à des devoirs plus ou moins nombreux.

Suivant le droit romain, l'état était naturel ou civil ; il pouvait aussi se considérer dans ses rapports avec la liberté, la cité et la famille.

Cette division est en partie conservée dans notre droit, en ce sens que nous reconnaissons l'état de la cité et celui de la famille, quoique avec des attributs différens de ceux que les lois romaines attachaient à l'état de famille.

Quant à celui de liberté, il n'a plus de corrélatif, puisque l'esclavage ne souille pas les lois qui nous régissent. Cet état, considéré sous le rapport de la condition des hommes, n'est

qu'une abstraction dans notre système politique ; il est donc inutile d'en parler. Mais on peut dire avec quelque raison, que nous reconnaissons l'état naturel, comme étant celui de l'étranger, par opposition à celui de cité et à celui de famille, qui appartiennent à chacun de nous.

Considéré dans ses rapports avec la société ou la famille, un individu est père ou enfant, marié, veuf ou célibataire ; enfant légitime, naturel ou adoptif, il est mineur ou majeur, interdit ou exerçant ses droits ; parent à tel degré de telle personne, &c., &c. : Voilà son état civil.

Id., No. 273. } La manière de constater l'état des hommes a dû nécessairement varier en raison des temps, des lieux et des mœurs particulières de chaque peuple. Chez les Romains, par exemple, pendant longtemps il n'y a pas eu de registres de l'état civil : les naissances étaient constatées par le père de famille, au moyen d'une inscription sur ses registres domestiques ; et l'on pouvait prouver sa filiation, sa légitimité, son âge, par de tels écrits et par des témoins, et même par des lettres adressées à la mère par le père.

Ce mode n'était pas sans danger pour l'état des enfans ; leur âge véritable n'était pas non plus fixé d'une manière invariable, et une foule d'abus et de fraudes pouvait résulter de l'absence d'un mode plus régulier.

La seule raison plausible de cette grave omission dans la législation romaine, c'est que les Romains admettaient la preuve par témoins pour toute espèce d'actes, tandis que chez-nous ce genre de preuve, à raison de ses dangers, est vû avec une extrême défaveur, et n'est admis que dans les cas spécialement déterminés par la loi.

Id., No. 274. } Anciennement, en France, les registres de l'état civil étaient confiés aux curés des paroisses ; et, comme l'a dit l'orateur chargé de présenter au Tribunat un rapport sur le projet de loi, il était assez na-

turel que les mêmes ministres dont on allait demander les bénédictions et les prières aux époques de la naissance, du mariage et du décès, en constatassent les dates et en rédigeassent les procès-verbaux. La sanction de la religion ajoutait à la garantie de la loi que les registres seraient fidèlement tenus.

1 *Demolombe, Cours de Code civil,* } *Transition — Importan-*
Liv. 1, tit. 2, p. 427, No. 271. } *ce et nécessité de la ré-*
daction des actes de l'état civil.—La place de ce titre était naturellement marqué dans le titre premier; car, les actes de l'état civil sont des procès-verbaux destinés à recevoir et à conserver la preuve des principaux événements relatifs à l'état des personnes.

La rédaction de ces actes était commandée par les plus puissantes considérations.

Et d'abord, l'intérêt général l'exigeait doublement :

1o. Il n'est pas possible que, dans un pays civilisé, une naissance ou un décès aient lieu, sans que l'autorité publique en soit avertie et en recueille la preuve. C'est donc, avant tout, par un motif de prévoyance sociale et de haute police, que le fait même des naissances et des décès doit être constaté.

2o. En tant que ces actes ont pour but de constater l'état des personnes, leurs rapports de famille, leur qualité d'époux, de père, d'enfant légitime ou naturel, ou adoptif, etc., ils intéressent encore au plus haut degré la société toute entière, qui repose, ainsi que nous l'avons dit, sur cette organisation des familles, sur ce règlement souverain des différentes qualités, dont l'ensemble constitue, pour chacun, son état civil ou privé.

Sous un autre rapport, il importe aux particuliers, il importe à chacun de nous, de pouvoir toujours fournir la preuve de son individualité, de son âge, de ses droits de fa-

mille, de son état civil enfin ; comme aussi de pouvoir toujours se procurer la preuve de l'individualité, de l'âge, de l'état civil des tiers avec lesquels il est en relation.

Voilà pourquoi le dépôt des actes de l'état civil est public et ouvert à quiconque veut s'en faire délivrer des extraits.

Id., No. 272. } Trois évènements surtout doivent être
 } constatés ; les naissances, les mariages et les décès, c'est-à-dire les trois évènements principaux qui signalent le passage de l'homme sur la terre, et qui exercent sur son état civil la plus importante influence.

L'acte de naissance est nécessaire pour établir :

- 1o. Toujours, le fait absolu de la naissance ;
- 2o. Presque toujours, ou du moins le plus souvent, le fait relatif de la filiation.

Il faut constater d'abord qu'un individu est né, et conserver la preuve de son individualité, de sa nationalité, de son âge, preuve qui établira plus tard aussi sa minorité ou sa majorité, son aptitude à exercer telles ou telles fonctions publiques, etc....., voilà le fait absolu.

Il faut ensuite, quand on le peut, constater sa filiation, c'est-à-dire indiquer les noms de ces père et mère, et établir ainsi à quelle famille, à quels parents il se rattache... ; voilà le fait relatif.

L'acte de mariage est nécessaire pour établir la légitimité de l'union de l'homme et de la femme, et pour lui assurer tous les effets civils, soit à l'égard des époux, soit à l'égard des enfants, soit à l'égard des tiers.

Enfin, l'acte de décès n'est pas moins indispensable pour constater le fait absolu du décès, l'individualité de la personne décédée, et pour servir de preuve à tous les intéressés, dont cet évènement peut changer l'état, modifier la capacité et ouvrir les droits.

C'est ainsi que la mort de l'un des époux change la condition de l'autre, qui redevient libre.

C'est ainsi que la mort d'un ascendant rend quelquefois

l'enfant capable de se marier, sans être tenu d'obtenir le consentement de personne.

Le décès d'ailleurs est l'évènement qui ouvre la succession et beaucoup d'autres droits encore.

1^o Mourlon, — *Répétitions écrites*
sur le premier examen du Code
Napoléon p. 140, § III.

Aperçu Historique. —
L'institution des actes de
l'Etat Civil est due à

François 1^{er}. Au moyen-âge, le clergé constatait, dans des registres, les baptêmes, mariages et sépultures. Ces actes, fort irrégulièrement tenus, n'eurent, à l'origine, d'autre but que d'assurer l'exécution des lois canoniques ou religieuses. Aussi ne les considérait-on point comme des actes authentiques susceptibles de faire pleine foi en justice. Lorsque l'état civil d'une personne était contesté, on recourait, à défaut de preuve écrite, à la preuve testimoniale.

François 1^{er}, par sa fameuse ordonnance de *Villers-Cotterets* (1539), voulut que ces actes fissent, *mais pour deux cas seulement*, pleine foi des évènements qui y étaient relatés.

Pour deux cas seulement. C'est-à-dire, 1^o. pour la naissance ; 2^o. pour le décès des ecclésiastiques tenant bénéfices, collèges ou monastères.

Id., p. 141. } Les registres prescrits par cette ordonnance
ce devaient être signés par un membre du chapitre et par un notaire, puis déposés, à la fin de l'année, au greffe du bailliage. Les curés n'admirent qu'avec répugnance l'intervention d'un notaire dans un acte qui, pour eux, était exclusivement religieux ; elle tomba bientôt en désuétude.

L'ordonnance de Blois (Henri III, Mai 1579) combla les lacunes de l'ordonnance de *Villers-Cotterets* ; elle ordonna aux curés et vicaires, afin d'éviter les preuves par témoins qu'on était souvent contraint de faire en justice, de tenir registre des naissances, mariages et décès de toute personne.

Les ordonnances de Villers-Cotterets et de Blois n'ayaient

[ARTICLE 39.]

point réglementé la tenue ou rédaction des registres ; ainsi elles n'indiquaient ni les énonciations qui devaient y être insérées, ni les personnes qui devaient y être appelées. Ce point fut réglé par une ordonnance de Louis XIV, en 1667. Elle ordonna de mentionner dans les actes d'inhumation le temps du décès, et dans les actes de baptême le temps de la naissance. Elle voulut, en outre, que les registres fussent tenus doubles, mais par *original* et par *copie*. Louis XV, par son ordonnance du 9 Avril 1736, exigea deux originaux, dont l'un devait rester à la paroisse, tandis que l'autre était déposé au greffe du bailliage.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

39. L'on ne doit insérer dans les actes de l'état-civil, soit par note, soit par énonciation, rien autre chose que ce qui doit être déclaré par les comparans.

CHAPTER FIRST.

GENERAL PROVISIONS.

39. In acts of civil status nothing is to be inserted, either by note or recital, but what it is the duty of the parties to declare.

1 *Demante*,—*Cours analytique du code civil*, liv. 1, tit. 2, c. 1, No 78. } Les actes doivent être rédigés dans la forme la plus propre à certifier leur sincérité. Trois sortes de personnes concourent à cette rédaction : l'officier de l'état civil, les témoins et les comparans ou parties intéressées.

Les comparans déclarent à l'officier public les faits qu'ils ont intérêt à faire constater.

L'officier de l'état civil atteste que les déclarations ont été faites ; il constate en outre certains faits *de visu*.

Les témoins sont là pour corroborer le témoignage de l'officier de l'état civil ; ils servent aussi à certifier l'identité des comparans et la sincérité de leurs déclarations. Du reste, il est un cas où les témoins sont eux-mêmes déclarans.

[ARTICLE 40.]

Id., No. 80. } Les actes doivent se renfermer strictement
 } dans leur objet ; ainsi l'officier public n'y doit
 pas consigner tout ce qui lui est déclaré, mais seulement ce
 qu'il est permis de lui déclarer. Toute note ou énonciation
 quelconque qui tendrait à éluder cette règle est nommément
 comprise dans la prohibition.

1 *Demolombe*, liv. 1, tit. 2, } ...Lorsqu'on veut rédiger un acte
 ch. 1, No. 290. } quelconque et se rendre compte
 des énonciations qui doivent y être insérées, il faut, avant
 tout, bien préciser quel est le but de cet acte et ce qu'il est
 destiné à prouver. Toutes les énonciations, qui concourent
 au but que l'acte se propose et à la preuve qu'il est destiné à
 produire, doivent être insérées ; les autres en général sont
 surabondantes, et quelquefois même dangereuses. Point de
 digressions ! point de hors d'œuvre ! marchez droit au but de
 l'acte ! allez au fait !

* *C. N.*—35. } Les officiers de l'état civil ne pourront
 } rien insérer dans les actes qu'ils recevront,
 soit par note, soit par énonciation quelconque, que ce qui
 doit être déclaré par les comparans.

40. Dans les cas où les parties ne sont pas obli- gées de comparaître en personne aux actes de l'é- tat-civil, elles peuvent s'y faire représenter par un fondé de procuration spé- ciale.	40. In cases where the parties are not obliged to appear in person at the making of an act of civil status, they may be repre- sented by an attorney, specially authorized to that effect.
---	---

[ARTICLES 41 et 42.]

* C. N., 36. } Dans les cas où les parties intéressées ne seront point obligées de comparaître en personne, elles pourront se faire représenter par un fondé de procuration spéciale et authentique.

41. Le fonctionnaire public donne lecture aux parties comparantes ou à leur fondé de procuration, et aux témoins, de l'acte qu'il rédige.	41. The public officer reads to the parties, or to their attorney, and to the witnesses, the act which he makes.
--	---

* C. N., 38. } L'officier de l'état civil donnera lecture des actes aux parties comparantes, ou à leur fondé de procuration et aux témoins.

Il y sera fait mention de l'accomplissement de cette formalité.

42. Les actes de l'état civil sont inscrits sur deux registres de la même tenor, qui sont tenus pour chaque église paroissiale catholique, pour chaque église protestante, congrégation ou autre société religieuse, légalement autorisée à tenir tels registres; chacun desquels est authentique et fait également foi en justice.	42. Acts of civil status are inscribed in two registers of the same tenor, kept for each Roman Catholic parish church, each Protestant church or congregation, or other religious community, entitled by law to keep such registers, each of which is authentic, and has in law equal authority.
--	---

[ARTICLE 42.]

* *Ordonnance 1667,* } Seront faits par chacun an deux
Tit. XX, art. 8. } Registres pour écrire les baptêmes,
 mariages et sépultures en chacune paroisse, dont les feuil-
 lets seront paraphés et cottés par premier et dernier par le
 Juge Royal du lieu où l'église est située : l'un desquels ser-
 vira de minute, et demeurera entre les mains du curé ou du
 vicaire, et l'autre sera porté au Juge Royal pour servir de
 grosse, lesquels deux registres seront fournis annuellement,
 aux frais de la fabrique, avant le dernier Décembre de chacune
 année, pour commencer d'y enregistrer par le curé ou vicai-
 re les baptêmes, mariages et sépultures, depuis le premier
 janvier en suivant, jusqu'au dernier décembre inclusivement.

* *Déclaration de 1736. (Louis XV),* } Dans chaque paroisse
art. 1. (Donnée à Versailles le 9 avril } de notre Royaume, il
1736). } y aura deux registres
 qui seront réputés tous deux authentiques, et feront égale-
 ment foi en justice, pour y inscrire les baptêmes, maria-
 ges et sépultures, qui se feront dans le cours de chaque année,
 l'un desquels continuera d'être tenu sur du papier timbré
 dans le pays où l'usage en est prescrit, et l'autre sera en pa-
 pier commun, et seront les dits deux registres fournis aux dé-
 pens de la fabrique, un mois avant le commencement de cha-
 que année.

* *S. R. B. C., c. 20,* } *Voy. s. 1 citée sous l'art. 44.*
ss. 1, 16, 17. }

S. 16.—Les églises ou congrégations protestantes, dont il
 est question dans la première section du présent acte, em-
 brassent toutes les églises et congrégations en communion
 avec l'Eglise-Unie d'Angleterre et d'Irlande, ou avec l'Eglise
 d'Ecosse, et tous les prêtres et ministres régulièrement or-
 donnés de l'une ou de l'autre de ces églises ont tous eu et
 auront tous l'autorité de célébrer valablement les mariages

[ARTICLE 42.]

dans le Bas-Canada, et sont et seront sujets à toutes les dispositions du présent acte. (35 G. 3, c. 4.—7 G. 4, c. 2, s. 1.)

S. 17.—Le présent acte s'applique aussi aux différentes communautés et dénominations religieuses du Bas-Canada, mentionnées dans cette section, et aux prêtres et aux ministres d'icelles, qui peuvent valablement célébrer les mariages, et obtenir et garder des registres sous l'autorité du présent acte, sujet aux dispositions des actes mentionnés en rapport avec chacune d'elles respectivement, et à toutes les exigences, peines et dispositions du présent acte, tout comme si ces communautés et dénominations étaient nommées dans la première section du présent acte, c'est-à-dire :

A la congrégation religieuse, à Montréal, appelée "Baptiste," sujet aux dispositions de l'acte de la législature du Bas-Canada, 3 Guill. 4, ch. 29 ;

Aux sociétés congrégationnelles du Bas-Canada, sujet aux dispositions de l'acte de la dite législature, 4 Guill. 4, c. 19 ;

Aux Baptistes volontaires, dans le township de Stanstead, sujet aux dispositions de la dite législature, 4 Guill. 4, c. 20 ;

Aux Juifs, sujet aux dispositions de l'acte de la dite législature, 9 George 4, c. 75 ;

Aux méthodistes protestants, en rapport avec la conférence méthodiste protestante, dans le township de Dunham, sujet aux dispositions de l'acte de la dite législature, 6 Guill. 4, c. 50 ;

Aux méthodistes de la nouvelle connexion, et aux ministres de cette secte, mentionnés dans l'acte ou ordonnance de la dite législature, 2 Victoria, c. 17, sujet aux dispositions du dit acte ;

A la congrégation religieuse, à Montréal, appelée "Presbytériens," et mentionnés dans l'acte de la dite législature, 1 Guill. 4, c. 56, sujet aux dispositions du dit acte ;

A la congrégation, dans le township de Hull, appelée "Pres-

[ARTICLE 42.]

bytériens, " sujet aux dispositions de l'acte de la dite législature, 3 Guil. 4, c. 28 ;

Aux membres des sociétés Calvinistes et Baptistes volontaires, et aux membres des Sociétés " Universalistes, " sujet aux dispositions de l'acte de la dite législature, 6 Guil. 4, c. 49 ;

Aux membres de l'Eglise dissidente d'Ecosse, sujet aux dispositions de l'acte de la dite législature, 3 Guil. 4, c. 27 ;

A la société religieuse appelée " Congrégation des Universalistes, " dans le township d'Ascot, et les townships voisins, sujet aux dispositions de l'acte de la dite législature, 4 Guil. 4, c. 21 ;

Aux ministres méthodistes Wesleyens en rapport avec la conférence des méthodistes, dans la Grande-Bretagne, sujet aux dispositions de l'acte de la dite législature, 9 George 4, c. 76, tel qu'amendé par l'acte de la législature du Canada, 13, 14 Victoria, c. 47 ;

A la " Congrégation des chrétiens unitaires, " à Montréal, sujet aux dispositions de l'acte de la législature du Canada, 8 Victoria, c. 35 ;

Au Synode Presbytérien-Uni de l'Amérique du Nord, communément appelé " Dissidents, " sujet aux dispositions de l'acte de la dite législature, 9 Victoria, c. 54 ;

Aux dénominations chrétiennes, connues, respectivement sous le nom d'Eglise Presbytérienne du Canada, ou Synode Presbytérien-Uni en Canada, et à l'Eglise Presbytérienne Réformée, sujet aux dispositions de l'acte de la dite législature, 16 Victoria, c. 216 ;

A la conférence du second Adventist, dans le Canada-Est, sujet aux dispositions de l'acte de la dite législature, 16 Victoria, c. 217 ;

A l'Eglise Luthérienne Evangélique, sujet aux dispositions de l'acte de la dite législature, 18 Victoria, c. 58 ;

A l'Eglise évangélique allemande, à Montréal, sujet aux dispositions de l'acte de la dite législature, 18 Victoria, c. 59 ;

[ARTICLE 43.]

A L'église de la comtesse d'Huntingdon, sujet aux dispositions de l'acte de la dite législature, 20 Victoria, c. 194 ;

A l'Eglise méthodiste Episcopale en Canada, sujet aux dispositions de l'acte de la dite législature, 20 Victoria, c. 214 ;

Aux Quakers, sujet aux dispositions de l'acte de la dite législature, 23 Victoria, c. 11, lequel confirme aussi les mariages entre Quakers, célébrés conformément aux rites, us et coutumes de la société ;

Et tout renvoi dans aucun de ces actes à un acte quelconque ou à des dispositions particulières des actes relatifs aux registres des mariages, baptêmes et sépultures, dans le Bas-Canada, abrogés par l'acte concernant les Statuts Refondus pour le Bas-Canada, sera interprété comme un renvoi aux dispositions correspondantes du présent acte, en ce qui concerne les choses faites après l'époque de la mise en vigueur, du présent.

* C. N., 40. } Les actes de l'état civil seront inscrits, dans
 } chaque commune, sur un ou plusieurs registres tenus doubles.

43. Ces registres sont fournis par les églises, con- grégations ou sociétés re- ligieuses, et doivent être de la forme réglée au code de procédure civile.	43. The registers are furnished by the churches, congregations or religious communities, and must be in the form prescribed by the Code of civil procedu- re.
---	---

* S. R. B. C., } Ces registres seront fournis aux dépens
 c. 20, s. 1, § 2. } de l'église ou congrégation, et présentés,
 avant d'y faire aucune entrée, par le prêtre ou ministre sus-
 dit, à l'un des juges de la Cour Supérieure, ou au protono-
 taire de telle cour pour le district dans lequel se trouve telle
 paroisse, église ou congrégation, pour être par tel juge co-
 tés et paraphés en la manière ci-dessous prescrite.

[ARTICLE 44.]

* C. N., 40. } Cité sous l'art. 42.

44. Les registres sont tenus par les curés, vicai- res, prêtres ou ministres, desservant telles églises, congrégations ou sociétés religieuses, ou par tout au- tre fonctionnaire a ce au- torisé.	44. The registers are kept by the rector, curate or other priest or minister having charge by the churches, congregations, or religious communities, or by any other officer en- titled so to do.
---	--

* S. R. B. C., } Dans le but, au moyen de l'enregistrement
c. 20, s. 1, § 1. } uniforme et authentique des baptêmes, ma-
riages et sépultures dans le Bas-Canada, d'assurer la paix
des familles, et de constater les divers droits civils des sujets
de sa Majesté qui y résident, dans chaque église paroissiale
de la communion catholique romaine, ainsi que dans cha-
que église ou congrégation protestante dans le Bas-Canada, il
sera tenu, par le prêtre ou ministre qui en a la desserte, deux
registres de la même teneur, chacun desquels sera réputé au-
thentique et fera également foi en justice, et sur chacun de
ces registres le prêtre ou ministre enregistrera tout de suite
et sans interruption tous baptêmes, mariages et sépultures,
aussitôt qu'il les aura faits.

* C. N., 40. } Cité sous l'art. 42.

[ARTICLE 45.]

45. Le double registre ainsi tenu doit, à la diligence de celui qui le tient, être présenté avant qu'il en soit fait usage, à un des juges de la Cour Supérieure ou au protonotaire du district, ou au greffier de la Cour de Circuit au lieu du protonotaire dans le cas mentionné dans le Statut de la 25^e Vict., ch. 16; pour, par tel juge, protonotaire ou greffier, être numéroté et paraphé en la manière prescrite dans le code de procédure civile.

45. The duplicate register so kept, before it is used, must, at the instance of the party keeping it, be presented to one of the judges of the Superior Court or to the prothonotary of the district, or to the clerk of the Circuit Court instead of the prothonotary in the case specified in the Statute 25 Vict., chap. 16, to be by such judge, prothonotary or clerk numbered and initialed in the manner prescribed by the code of civil procedure.

* *S. R. B. C.*, } Cité sous l'art. 43.
c. 20, s. 1, § 2. }

* *C. N.*, 41. } Les registres seront cotés par première et
 } dernière, et paraphés sur chaque feuille, par
 le président du tribunal de première instance, ou par le juge
 qui le remplace.

Code P. C., art. 1236. } Les registres destinés à constater les
 } naissances, mariages et sépultures, ainsi
 que la profession religieuse, doivent, avant d'être employés,
 être marqués sur le premier feuillet et sur chaque feuillet
 subséquent, du numéro de tel feuillet, écrit en toutes lettres,
 et être revêtu du sceau de la Cour Supérieure apposée sur
 les deux bouts d'un ruban, ou autre lien, passant à travers
 tous les feuillets du registre et arrêtés en dedans de la cou-

[ARTICLE 45.]

verture de ce registre ; et sur le premier feuillet est inscrite une attestation sous la signature du juge ou du protonotaire de la Cour Supérieure du district, ou du greffier de la Cour de Circuit du comté, dans lequel se trouve située la paroisse catholique romaine, église protestante, ou congrégation ou société religieuse autorisée par la loi à tenir tels registres, pour laquelle tel registre doit servir, et qui en est propriétaire, spécifiant le nombre de feuillets contenus dans le registre, sa destination et la date de cette attestation. (S. R. B. C., ch. 20, S. 2., 25 Vict., ch. 16, S. 1.)

Le certificat ne peut être donné néanmoins avant que les formalités prescrites quant à certaines congrégations religieuses par des actes spéciaux aient été remplies.

Id., 1237. } Le double du registre qui doit rester entre les
} mains du curé, ministre ou autre préposé de
chaque paroisse catholique romaine, église protestante, ou
congrégation religieuse doit être relié d'une manière solide
et durable.

[A ce double est attaché une copie du titre du code civil, relatif aux actes de l'état civil, ainsi que les chapitres premier, deuxième et troisième du cinquième titre du même code, relatif aux mariages.]

S. Q., (32 Vict.,) } L'article 1236 du code de procédure civile
ch. 26, *Sec.* 1. } est par le présent acte amendé en insérant,
après les mots " du sceau de la Cour Supérieure " les mots
" ou du sceau de la Cour de Circuit."

Id., s. 2. } L'article 45 du code civil est amendé en re-
} tranchant les mots " ou au greffier de la cour
de circuit au lieu du protonotaire dans le cas mentionné dans
le statut de la 25e Vict., chap. 16," dans le dit article, et en leur
substituant les mots " ou au greffier de la cour de circuit
dans le comté."

Id., s. 6. } Au double du registre mentionné dans l'arti-
} cle 1237 du code de procédure civile, sera atta-
ché non-seulement une copie des parties du code civil que le

[ARTICLE 46.]

dit article requiert d'y annexer, mais aussi une copie du présent acte.

46. Les actes de l'état civil sont inscrits sur les deux registres, de suite, et sans blancs, aussitôt qu'ils sont faits ; les ratures et renvois sont approuvés et paraphés par tous ceux qui ont signé au corps de l'acte ; tout y doit être écrit au long, sans abréviation ni chiffres.	46. Acts of civil status, as soon as they are made, are inscribed in the two registers, in successive order and without blanks ; erasures and marginal notes are acknowledged and initialed by all those who sign the body of the act. Every thing must be written at length without abbreviation or figures.
--	--

* *S. R. B. C.*, } Cité sous l'art. 44.
c. 20, s. 1. }

* *C. N.*, 42. } Les actes seront inscrits sur les registres, de suite, sans aucun blanc, les ratures et les renvois seront approuvés et signés de la même manière que le corps de l'acte. Il n'y sera rien écrit par abréviation, et aucune date ne sera mise en chiffres.

47. Dans les six premières semaines de chaque année, un des doubles est, à la diligence de celui qui les a tenus, ou qui en a la garde, déposé au greffe de la Cour Supérieure de son district ou au greffe de la Cour de Circuit dans les cas pourvus par le statut ci-dessus mentionné au pré-	47. Within the first six weeks of each year, the person who kept the said registers, or who has charge thereof, deposits in the prothonotary's office of the Superior Court of his district, or in the office of the clerk of the Circuit Court in the cases provided for in the statute al-
---	---

[ARTICLE 47.]

sent chapitre ; ce dépôt est constaté par le reçu que doit en délivrer, sans frais, le protonotaire ou greffier de la Cour.	ready mentioned in the present chapter, one of the said duplicates, the deli- very of which is acknow- ledged by a receipt which the said prothonotary or clerk is bound to give free of charge.
--	---

* *Cout. Paris*, } Sont aussi tenus les dits curés et vicaires-
291. } généraux, de porter et faire mettre de trois
mois en trois mois, ès-greffes, comme dessus, les registres des
baptêmes, mariages, testaments et sépultures, sur peine de
tous dépens, dommages et intérêts. Et pour ce ne doivent
rien payer au greffe.

* *Ord., de Blois*, } Pour éviter les preuves par témoins, que
Mai 1579, art. 181. } l'on est souvent contraint faire en justice,
touchant les naissances, mariages, morts et enterrements de
personnes : enjoignons à nos greffiers en chef de poursuivre
par chacun an tous curéz, ou leurs vicaires, du ressort de
leurs sièges d'apporter dedans deux mois, après la fin de cha-
cune année, les registres des baptêmes, mariages et sépultures,
de leurs paroisses faits en icelle année. Lesquels registres,
les dits curéz en personne ou par procureur spécialement
fondé, affirmeront judiciairement contenir vérité : autrement
et à faute de ce faire par les dits curés ou leurs vicaires, ils
seront condamnés ès-dépens de la poursuite faite contre eux,
et néanmoins contraints par saisie de leur temporel, d'y satis-
faire et obéir : et seront tenus les dits greffiers de garder soi-
gneusement les dits registres pour y avoir recours, et en dé-
livrer extraits aux parties qui le requèreront.

[ARTICLE 47.]

* *Ord., Août 1539,* } 51. Aussi sera fait registres, en forme de
art. 51, 52, 53. } preuve, des baptêmes, qui contiendront le
 temps et l'heure de la nativité, et par l'extrait du dict regis-
 tre, se pourra prouver le temps de majorité ou minorité, et
 sera pleine foy à ceste fin.

52. Et afin qu'il n'y ait faute aux dicts registres, il est or-
 donné qu'ils seront signés d'un notaire avec celui des dicts cha-
 pitres et couvents, et avec le curé ou vicaire-général respecti-
 vement, et chacun en son regard, qui seront tenus de ce faire,
 sur peine des dommages et intérêts des parties, et de grosses
 amendes envers nous.

53. Et lesquels chapitres, couvents et cures, seront tenus met-
 tre lesdits registres par chacun an, pardevers le greffe du pro-
 chain siège du baillif ou seneschal royal, pour y estre fidèle-
 ment gardés et y avoir recours, quand mestier et besoin sera.

* *Ord., 1667, tit. 20, art. 8,* } “ L'un desquels servira de
cité sous l'art. 42. } minute et demeurera entre les
 mains du curé ou du vicaire, et l'autre sera porté au Juge
 Royal pour servir de grosse. ”

* *S. R. B. C.,* } Dans six semaines, au plus tard, après l'ex-
c. 20, s. 8. } piration de chaque année, le prêtre ou mi-
 nistre chargé du soin des registres en duplicata, remettra le
 registre qui a été paraphé pour servir pour la dite année, au
 greffe du Protonotaire de la Cour Supérieure du District où
 se trouve la paroisse, église ou congrégation pour laquelle
 les registres ont été tenus, et en demandera un reçu du Pro-
 tonotaire ; et l'autre registre en duplicata paraphé comme il
 est dit plus haut, demeurera entre les mains du prêtre ou
 ministre pour être par lui conservé et laissé à ses successeurs
 en office et en devoir clérical.

[ARTICLE 48.]

St. Q., (32 Vict.), } L'article 47 du code civil est amendé de
c. 26, s. 3. } manière à ce qu'il se lise comme suit :

“ Dans les six premières semaines de chaque année, un des doubles est, à la diligence de celui qui les a tenus, ou qui en a la garde, déposé au greffe de la Cour Supérieure de son District; ce dépôt est constaté par le reçu que doit délivrer, sans frais, le Protonotaire de la Cour. ”

48. Tout protonotaire ou greffier est tenu, dans les six mois du dépôt, de vérifier l'état des registres déposés en son greffe, et de dresser procès-verbal sommaire de cette vérification.	48. Within six months after such deposit, each prothonotary or clerk is bound to verify the condition of the registers deposited in his office, and to draw up a summary report of such verification.
--	--

* *Ord., 1667, tit. XX,* } Seront tenus les curés ou vicai-
art. XI. } res, six semaines après chacune année expirée, de porter ou envoyer sûrement la grosse ou la minute du Registre, signé d'eux, et certifié véritable, au greffe du juge royal qui l'aura coté et paraphé; et sera tenu le greffier de le recevoir, et d'y faire mention du jour qu'il eura été apporté, et en donner la décharge; après néanmoins que la grosse aura été collationnée à la minute qui demeurera au curé ou vicaire, et que le greffier aura barré en l'une et en l'autre tous les blancs et feuillets qui resteront, le tout sans fais; laquelle grosse de Registre sera gardée par le greffier pour y avoir recours.

St. Q. (32 Vict.), } L'article 48 du code civil est amendé en
ch. 26, s. 4. } retranchant les mots “ ou greffier ” dans le dit article.

[ARTICLE 48, et 49]

C. N., 53. } Le procureur du Roi au tribunal de première instance sera tenu de vérifier l'état des registres lors du dépôt qui en sera fait au greffe ; il dressera un procès-verbal sommaire de la vérification, dénoncera les contraventions ou délits commis par les officiers de l'état civil, et requerra contre eux la condamnation aux amendes.

49. L'autre double du registre reste en la garde et possession du prêtre, ministre ou autre fonctionnaire qui l'a tenu, pour par lui être conservé et transmis à son successeur en office.	49. The other duplicate register remains in the custody and possession of the priest, minister or other officer who kept the same ; to be by him preserved and transmitted to his successor in office.
--	--

* *Ord.*, 1667, *tit. XX*, } Cité sous l'art. 42.
art. 8.

* *Déclar.*, *Avril*, } XIX. Il sera au choix des parties intéressées de lever des extraits des actes de baptême, mariage ou sépulture, soit sur le registre qui sera au greffe, soit sur celui qui restera entre les mains des Curés, Vicaires, Desservants, Chapitres, Supérieurs ou Administrateurs, pour lesquels extraits il ne pourra être pris par les dits greffiers ou par les dits curés ou autres ci-dessus nommés que dix sous pour les extraits des registres des paroisses établies dans les villes où il y aura Parlement, Evêché, ou Siège Presidial, huit sous pour les extraits des registres des paroisses des autres villes, et cinq sous pour les extraits des registres des paroisses, des bourgs et villages, le tout y compris le papier timbré. Défendons d'exiger ni recevoir plus grande somme, à peine de concussion.

[ARTICLE 49 et 50]

XX. En cas de changement de Curé, ou desservant, l'ancien curé ou desservant sera tenu de remettre à celui qui lui succèdera, les registres qui sont en sa possession, dont il lui sera donné une décharge en papier commun, contenant le nombre et les années des dits registres.

* *S. R. B. C.*, } Cité sous l'art. 47.
c. 20, s. 8.

•
C. P. C., *art. 1237.* } Cité sous l'art. 45.

* *C. N.*, 43. } Les registres seront clos et arrêtés par l'officier de l'état civil, à la fin de chaque année; et dans le mois, l'un des doubles sera déposé aux archives de la commune, l'autre au greffe du tribunal de première instance.

50. Les dépositaires de l'un et de l'autre des registres sont tenus d'en délivrer, à toute personne qui le requiert, des extraits qui, étant par eux certifiés et signés, sont authentiques.	50. The depositary of either of the registers is bound to give extracts thereof to any person who may require the same; and such extracts being certified and signed by him are authentic.
--	--

* *S. R. B. C.*, *c. 20,* } Toute partie intéressée pourra en tous
s. 8, § 2. } temps demander copie de toute entrée faite sur l'un ou l'autre des dits registres; et le protonotaire de la dite Cour et le prêtre ou ministre en possession du registre, accorderont telle copie certifiée sous leur signature, laquelle fera foi dans toutes cours de justice. (35 G. 3, c. 4, s. 6.)

[ARTICLES 50, 51.]

* *C. N.*, 45. } Toute personne pourra se faire délivrer,
 } par les dépositaires des registres de l'état civil,
 des extraits de ces registres. Les extraits délivrés conformes
 aux registres, et légalisés par le président du tribunal de pre-
 mière instance ou par le juge qui le remplacera, feront foi
 jusqu'à inscription de faux.

51. Sur preuve qu'il n'a pas existé de registres pour la paroisse ou con- grégation religieuse, ou qu'ils sont perdus, les naissances, mariages et dé- cès peuvent se prouver soit par les registres et papiers de famille ou au- tres écrits, ou par témoins.	51. On proof that, in any parish or religious community no registers have been kept, or that they are lost, the births, marriages and deaths may be proved either by fami- ly registers and papers, or other writings, or by witnesses.
---	--

* *S. R. B. C.*, } Dans tous les cas où les registres d'une pa-
 c. 20, s. 13. } roisse, église protestante ou congrégation ne
 peuvent se trouver, ou qu'il n'en a pas été tenu, rien dans ce
 présent acte n'empêchera de faire la preuve des baptêmes,
 mariages et sépultures tant par témoins que par papiers ou
 registres de famille, ou autres moyens permis par la loi, ré-
 servant à la partie adverse le droit de récuser ou réfuter
 telle preuve ; pourvu toujours, que si une personne fait sciem-
 ment et volontairement un faux serment, touchant aucune
 des matières susdites, et en est légalement convaincue, elle
 sera passible des peines infligées par le statut passé dans la
 cinquième année du règne de la reine Elizabeth, pour la pu-
 nition du parjure volontaire. (35 G. 3, c. 4, s. 13.)

[ARTICLE 51.]

* 2 *Pand. Franc.*, p. 264 } 23. Cet article suppose, et même
et suiv. } établit, d'une manière implicite,
 (suivant la maxime : *qui dicit de uno, negat de altero*), une
 règle exprimée en termes formels par l'ordonnance de 1667
 (tit. 20. art. 7). Elle portait : “ Les preuves de l'âge, du ma-
 riage, et du temps du décès, seront reçus par des registres
 “ en bonne forme, qui feront foi, et preuve en justice. ”

Il suit, en effet, de cet article, que régulièrement, et en gé-
 néral, les naissances, mariages, et décès, ne peuvent être
 constatés que par la preuve écrite, tirée des registres. C'est
 la grande règle, comme le dit M. d'Aguesseau, (11^e. Plaidoyer,
 tom. 2 de ses œuvres, p. 263,) c'est celle à laquelle il faut se
 tenir fortement attaché. L'état des hommes est une chose
 trop importante, tant pour les familles, que pour la société
 entière, pour qu'on puisse en abandonner la preuve au sort
 trop incertain et trop suspect de la preuve testimoniale.

Si, cependant, il n'y a point eu de registres, ou, s'ils sont
 perdus, par un accident quelconque, il faut ouvrir à l'homme
 un moyen d'établir son état.

24. Alors il faut bien recourir à une autre preuve. Mais re-
 marquez qu'il y en a une préliminaire à faire, c'est celle de
 l'absence des registres ; soit qu'il n'y en ait jamais eu, soit
 qu'ils aient été adhérents ou détruits.

Cette preuve faite, celle de l'état ne se fera pas encore par
 des témoins seuls. Il faudra rapporter un commencement
 de preuve par écrit, qui serve de fondement à la preuve testi-
 moniale, et sans laquelle elle ne saurait être admise. La loi
 indique en quoi consiste le commencement de preuve par
 écrit, le plus important à ses yeux. Ce sont les notes, et les
 papiers domestiques des pères ou mères ; mais pour qu'elles
 aient quelque force, il faut qu'ils soient décédés ; car, {autre-
 ment, il serait trop facile de se procurer cette espèce de titres ;
 et ils ne mériteraient aucune confiance. Mais leur mort leur
 imprime un caractère de vérité, qui est déjà d'un grand

[ARTICLE 51.]

poids ; et qui devient déterminant quand la présomption est soutenue par les dépositions des témoins.

Quoique la loi ne parle que des registres, et papiers des pères et mères ; ils ne sont pas les seuls qui puissent être reçus comme commencement de preuve par écrit. Les lettres, les actes passés dans les familles, ont le même caractère ; et peuvent aussi servir de fondement à la preuve testimoniale.

25. Le tribunal d'appel, de Metz, a observé, sur cet article, que son exécution rigoureuse, entraînerait des inconvénients funestes ; surtout dans les pays frontières, ou conquis, dans lesquels il existe une multitude de naissances, de mariages et de décès, qui n'ont point été portés sur les registres établis par la loi du 20 Septembre 1792. Il a demandé un article qui accordât un délai pour le temps antérieur au Code civil.

On n'a point fait droit à cette demande ; et il nous semble que c'est avec raison. L'article contient, soit dans ce qu'il exprime, soit dans ce qu'il suppose, tout ce que demandait ce tribunal.

Ou ceux dont les naissances, et les mariages, n'ont point été portés sur les registres, ou qui ont des parents dont les décès n'y ont point été inscrits, existent encore ; ou il n'existent plus. Dans le premier cas, ils ont la voix de la rectification des registres. Ils peuvent, et ils doivent demander que les actes de naissance, de mariages, et de décès, soient inscrits sur les registres ; et en le faisant ordonner avec les parties intéressées, ils auront la preuve de la loi.

Dans la seconde hypothèse, leurs descendants, ou héritiers, seront dans le même cas que s'il n'y avait point eu de registres ; ou qu'ils fussent perdus. Alors les registres, et papiers domestiques de leurs pères, ou mères, ou de leurs auteurs, les actes qui peuvent avoir été faits dans les familles, les notes qui ont pu être tenues dans les paroisses, ou oratoires, formeront, en leur faveur, un commencement de preuve par écrit, suffisant pour les faire admettre à la preuve tes-

[ARTICLE 51.]

timoniale des faits qu'ils auront à établir. Un article exprès, n'aurait pas pû leur en accorder d'avantage.

26. Le tribunal d'appel, de Riom, sur ce même article, demande comment on peut supposer qu'il y a eu un mariage, sans qu'il y ait eu de registres ? et comment on peut admettre la preuve d'un mariage, par des témoins, ou des papiers domestiques ?

Il semble que M. d'Aguesseau ait prévu cette question quand il disait (11^e Plaidoyer, tom. 2 de ses œuvres, p. 263) :
 “ Nous croyons, d'abord, que l'on doit examiner un mariage,
 “ d'une manière bien différente, lorsqu'il s'agit de prononcer
 “ sur la validité de l'engagement, par rapport aux contrac-
 “ tans même, et lorsqu'on l'envisage par rapport à l'état des
 “ enfants.

“ On ne saurait apporter trop d'attention à suivre exacte-
 “ ment et même avec scrupule, les règles qui nous sont pres-
 “ crites, et par les canons, et par les ordonnances. Le juge
 “ peut trembler avec raison, quand il considère qu'il va,
 “ peut-être, ou rompre des nœuds que la main de Dieu mê-
 “ me a formés ; ou confirmer les parties dans un engage-
 “ ment criminel, et donner à une conjonction illicite, le nom
 “ honorable de mariage.

“ Mais lorsque la mort a rompu cet engagement ; quoiqu'il
 “ faille encore observer les maximes de l'église, et de l'Etat ;
 “ on peut s'attacher moins rigoureusement aux formalités,
 “ pour prononcer en faveur de la possession, la loi la plus
 “ sûre, et la plus inviolable, lorsqu'il s'agit de régler l'état
 “ des parties. ”

Il est évident, en effet, que la loi n'a pas ici en vue, au moins principalement, un mariage, relativement aux deux époux encore vivants. A cet égard, comme l'a dit encore le même magistrat (*Eod.* p. 262) les présomptions et les témoins ne peuvent être admis. On ne peut recevoir que la preuve

[ARTICLE 51.]

de la loi ; puisque, dans le cas même où elle manquerait, soit parcequ'il n'y aurait pas eu de registres, soit parceque le mariage n'y aurait point été inscrit, les deux parties sont toujours à temps de se la procurer. Une femme ne serait point admise à se faire déclarer l'épouse légitime d'un homme vivant, et contre sa volonté, sur le fondement qu'elle aurait vécu longtemps dans sa maison, et que même elle y aurait joui ostensiblement de cet état.

Mais, supposé que le mari soit mort. Alors la preuve ne pourrait-elle être faite absolument que par les registres ? La question n'est pas sans fondement ; aujourd'hui qu'il existe une multitude d'endroits, où les registres ont été extrêmement mal tenus ; où il n'en a point été tenu du tout, ou qu'il est impossible de retrouver ; et une multitude de mariages qui n'ont point été portés sur ces registres.

La réponse nous est encore fournie par l'immortel d'Aguesseau (*Eod.* p. 262 et 263). “ La déclaration de 1639, dit-il, plus “ sévère, et plus exacte que les premières ordonnances, avait “ défendu rigoureusement la preuve par témoins, qui, dans “ les mariages, paraissait souvent suspecte, et toujours défectueuse. L'expérience a fait connaître que la sévérité de cette “ loi réduirait souvent les parties, dans l'impossibilité de “ prouver leur état. On crut, dans le temps de la nouvelle ordonnance, qu'il était nécessaire de la modérer, en permettant “ la preuve testimoniale, lorsqu'elle était articulée et prouvée.”

La nouvelle ordonnance dont parle ici M. d'Aguesseau, est celle de 1667, qui a, effectivement, une disposition semblable à celle du code civil (Tit. 20, art. 14). Ainsi, cette dernière loi n'introduit point, à cet égard, un droit nouveau, comme le tribunal de Riom semble l'insinuer. Elle ne fait que maintenir une règle ancienne et juste.

Une femme a joui, pendant longtemps, de l'état, et de la qualité d'épouse légitime d'un homme. Elle rapporte un contrat de mariage ; des lettres, par lesquelles elle a reçu, de

[ARTICLE 51.]

la part de son mari, et de ses parents, le titre de sa femme: et on la condamnera à l'état de concubine ; on la privera des droits du mariage ; parcequ'elle ne peut rapporter l'extrait de registres, ou qui n'ont jamais existé, ou qui sont perdus ; ou sur lesquels, dans les circonstances qui ont eu lieu, son mariage n'a point été porté ! Il y aurait de l'injustice et de la cruauté. Sa possession, les preuves qu'elle rapporte, car il faut toujours un commencement de preuve par écrit, font présumer le mariage ; et si elles sont soutenues par la preuve testimoniale, qui, dans ce cas, doit être admise, elle doit être déclarée légitime épouse ; et jouir des droits attachés à cette qualité.

27. A l'égard des enfants, il n'y a jamais eu de difficulté ; et, en effet, le tribunal de Riom n'en fait aucune.

Comme l'inscription du mariage de leurs pères et mères, sur les registres, ne dépend pas d'eux ; que quelquefois même ils ignorent dans quel endroit ce mariage a été célébré ; on les admet plus facilement à la preuve testimoniale, mais c'est toujours sous la condition de rapporter un commencement de preuve par écrit ; et lorsque les pièces qu'ils produisent, paraissent fournir de fortes présomptions en leur faveur. Il faut, surtout, qu'ils aient ce qu'on appelle en droit, *nomen, tractatum*, et *famam*. Il faut qu'ils portent le nom de celui qu'ils prétendent avoir pour père ; que leur acte de naissance les constitue fils d'un tel, et d'une telle.

Tractatum.—Ils doivent établir qu'ils ont été élevés par leurs pères et mères, comme leurs enfants, et, sous ce titre ; qu'ils ont reçu des autres enfants, ou des parents de leurs pères et mères, les titres de frères, de neveux, de cousins.

Famam.—Qu'ils ont toujours été considérés, par le public, comme les enfants de la maison, et connus sous cette qualité.

23. Observez, ici, que la possession doit toujours être conforme au titre ; et qu'un individu ferait inutilement la preuve de tous ces faits, si son acte de naissance le constituait en-

[ARTICLE 51.]

fant naturel. Il ne pourrait pas parvenir à se faire déclarer légitime.

Au reste, le juge doit toujours être très difficile, dans tous les cas où il s'agit de l'état, à admettre la preuve par témoins. Il faut que les titres qui forment le commencement de preuve par écrit, fournissent des présomptions très fortes.

Plusieurs tribunaux ont demandé que l'article, en permettant, dans ce cas, la preuve testimoniale, ajoutât, *sauf la preuve contraire*.

Cette addition était inutile. Il est de principe, en matière civile, que la preuve testimoniale est toujours respectueuse. Le juge qui admet une partie à la preuve d'un fait, doit admettre son adversaire à faire la preuve opposée. Il n'est pas même besoin qu'il l'exprime. Tout appointement à faire preuve, est nécessairement appointement à faire preuve contraire.

* *Ord.*, 1667, *tit.* XX, } Si les Registres sont perdus, ou
art. XIV. } s'il n'y en a jamais eu, la preuve en sera reçue, tant par titres que par témoins, et en l'un et l'autre cas, les baptêmes, mariages et sépultures pourront être justifiés tant par les registres ou papiers domestiques des pères et mères décédés, que par témoins; sauf à la partie de vérifier le contraire, même à nos Procureurs-Généraux, et à nos Procureurs sur les lieux, quand il s'agira des capacités des Bénéficiaires, réceptions, serments et installations aux charges et offices.

Déclaration de 1736. } Consultez cette Ordonnance.

Serpillon, Code civ., } Quoique la déclaration de 1736 qui
p. 338 *et suiv.* } vient d'être rapportée, (*p.* 327 à *p.* 336) ait été très exacte à prévenir les cas qui concernent les registres de baptêmes, mariages, &c., elle n'a pas parlé du cas dont fait mention cet article, (*art.* 14 de l'*Ord.* de 1667) au su-

[ARTICLE 51.]

jet de la perte des registres. Ainsi le présent article est resté dans toute sa vigueur. C'est la dernière loi qui doit être suivie.

M. le premier Président, lors de la lecture du présent article, observa qu'il voulait que l'on ajoutât foi aux registres des pères *vivans ou décédés* ; qu'il fallait les restreindre aux pères décédés, parce que ces registres n'étant que de simples certificats, on n'y aurait pas égard davantage qu'à des signatures privées, qui n'ont point de date, tant qu'un homme est vivant.

Que d'ailleurs l'exécution de cet article pouvait produire de grands inconvéniens, par la prédilection qu'un père pouvait avoir pour un de ses enfans, au préjudice des autres, dont cependant il serait constitué Juge, dépendant de lui de mettre sur son registre ce que bon lui semblerait.

Qu'un enfant pouvait avoir procès contre une partie étrangère, et qu'il serait encore moins juste qu'un père le pût décider par écrit en faveur de son fils.

M. le Président de Novion dit qu'à prendre cet article dans un sens étendu, une mère pourrait dans son registre, faire telle déclaration que bon lui semblerait, et préjudicierait à l'état de ses enfans et que ce ne pouvait être l'intention de l'article.

M. Pussort, Commissaire du Roi, répondit que les considérations de l'article étaient expliquées dans l'article même, en ce qu'il portait que cette preuve des registres domestiques ne serait reçue que quand toute autre manquerait.

P. 339.—M. le Président de Maisons dit qu'il arrivait souvent que le Pourvu de l'Office soustrayait les registres baptistaires, et se donnait l'âge qu'il voulait ; que dans ce cas, si l'article avait lieu, il faudrait recourir à ce registre domestique, dont la foi ne serait pas entière à cet égard.

M. Pussort répondit encore, que si l'article ne concernait que les circonstances qui pourraient naître entre les enfans, il serait bon d'en laisser toute l'autorité au père de famille

[ARTICLE 51.]

qui n'en abusait que rarement, et qu'il pouvait par-là les contenir dans leur devoir ; mais qu'il convenait qu'il n'était pas raisonnable que cela eût son effet contre un étranger ; que c'était par cette considération que l'on pouvait restreindre l'article aux pères décédés, et qu'il faudrait le proposer au Roi. Le mot *vivant* fut supprimé de l'article, en sorte qu'il n'y a plus que les registres ou livres-journaux des pères et mères décédés, qui puissent faire foi, avec la preuve par témoins.

Danty, chap. 4, n. 17, partie 1, p. 103, observe que le présent article XIV, permet la preuve par témoins d'un mariage, quand il n'y a point de registre dans la Paroisse où il a été célébré, et que le Curé n'en a point délivré l'acte de célébration, parce que, dans le cas de mariage, il faut toujours venir à la vérité, et qu'il ne faut pas facilement séparer ce que Dieu a uni, ni joindre ce que Dieu n'a pas uni : ce qui est cause que quand l'acte de célébration et les registres viennent à manquer, il faut admettre toutes sortes de preuves pour connaître s'il y a eu mariage, et que pour cela il faut distinguer ce qui peut servir de commencement de preuve par écrit ; que l'on ne peut dire que la publication des bans, la dispense de les publier, ou la permission de se marier devant un autre Prêtre que le Curé, même des articles, ou un contrat de mariage, soient des commencemens de preuve par écrit, parce que, malgré tout cela, il peut n'avoir pas été célébré : ils ne peuvent servir que de présomptions qu'il peut y avoir eu mariage.

Si au contraire les actes que l'on produit, supposent que le mariage a été célébré, ils peuvent servir de commencement de preuve par écrit ; et on peut, dans ce cas, accorder la preuve par témoins, au défaut de l'acte de célébration.

Par exemple, s'il y avait des actes authentiques passés en présence de la famille, par lesquels ils auraient été reconnus comme légitimement mariés, le contrat de mariage d'un pa-

[ARTICLE 51.]

rent, un partage de succession et autres actes semblables, où ils auraient pris qualité de mari et femme, ce serait une reconnaissance publique de la célébration du mariage : alors la preuve par témoins serait admise pour fortifier le commencement de preuve par écrit.

C'est cependant, suivant Danty, une maxime générale, que cette preuve par témoin ne doit pas être admise légèrement, parce que l'Ordonnance a jugé cette preuve dangeureuse, puisqu'elle ne l'a admise que dans les causes qui n'excèdent pas cent livres, d'où l'on doit conclure qu'elle doit être infiniment suspecte, lorsqu'il s'agit du plus important de tous les contrats, et des solemnités d'un Sacrement, qui produit une union indissoluble, où tout est de rigueur.

Dans les cas où la preuve par témoins est admise, il en faut quatre pour prouver la vérité d'un mariage, parce qu'il s'agit de la preuve de deux faits différens. Le premier, du consentement des Parties ; et ce consentement doit être prouvé de la part de chaque conjoint, par le témoignage de deux de ses parens ou amis. Outre cela, il faut qu'il y ait deux témoins qui déposent de l'acceptation que la femme a faite du consentement du mari, et qu'il y ait pareillement deux témoins du côté de la femme, qui déposent que son consentement a été accepté par le mari. Sans quoi, il s'ensuivrait qu'il n'y aurait qu'un témoin, de la part de chacun des mariés, pour certifier qu'ils y auraient consenti ; et c'est par cette raison que l'article LX de l'Ordonnance de 1629, porte que, dans ce cas, la preuve ne pourra être admise que par le témoignage des plus proches parens.

Pour ce qui est de ce que les pères et mères ont écrit, concernant la naissance, le mariage ou la mort de leurs enfans, et autres semblables évènements arrivés dans leurs familles, ils sont présumés avoir écrit la vérité. C'est pourquoi, si les registres de la Paroisse sont perdus, on ajoute foi à ceux des pères et mères ; et si on est obligé d'avoir recours à la preuve

[ARTICLE 51.]

par témoins, la déposition des parens est indispensable, parce que la Loi présume qu'ils doivent être les mieux instruits de ce qui s'est passé entre leurs proches. Voyez encore Danty, partie 2, chapitre 8, n. 76, p. 575.

P. 340.—On trouve au Journal des Audiences, tome 7, livre 5, chap. 33, p. 690, un Arrêt du Parlement de Paris du 3 Août 1722, qui a jugé que la preuve par témoins est admissible dans les questions d'état, lorsque les registres manquent, ou contiennent quelques fausses déclarations, ou que l'on allègue des circonstances graves et précises, et qu'il y a commencement de preuve par écrit. Sans ce commencement de preuve, on ne pourrait ordonner celle par témoins. Il y est fait mention d'un autre Arrêt du 19 Mars 1691, qui avait débouté la nommée Séja de la permission qu'elle demandait de faire preuve par témoins, qu'elle était fille de Pierre Davril, parce qu'elle ne rapportait aucun commencement de preuve par écrit.

Voyez les œuvres de M. d'Aguesseau, tome 2, p. 30, où se trouvent le plaidoyer et les conclusions de cet oracle du Barreau, lors du même Arrêt de 1691 ; et encore p. 3 et 398, où se trouvent d'autres plaidoyers sur les mêmes questions.

Brillon, au mot *Registres*, n. 29, tome 5, p. 730, rapporte les Mémoires de la célèbre affaire de Mademoiselle de Choiseul, à laquelle son état était contesté. Elle entreprit de prouver, 1^o. que pour admettre une preuve testimoniale en faveur d'une personne dont l'état était contesté, le commencement de preuve par écrit n'était pas nécessaire ; 2^o. que quand il pourrait être exigé, les pièces qu'elle rapportait étaient plus que suffisantes pour y satisfaire.

Son Avocat, après avoir rapporté, sur la première proposition, les anciennes Ordonnances, prétendit que celle-ci de 1667 y était conforme, et qu'elle n'avait défendu la preuve testimoniale, que dans un cas, savoir pour les actes excédent cent livres ; qu'il s'en fallait beaucoup qu'elle parlât de même pour les questions d'état, puisqu'elle voulait des registres

[ARTICLE 51.]

publics, sans cependant exclure d'autres preuves, puisqu'au contraire, elle avait prévu le cas où ces registres publics ne fourniraient pas la preuve pour laquelle ils sont établis. Elle veut qu'alors la preuve soit reçue par les registres et papiers domestiques des pères et mères décédés, et aussi par témoins d'où l'Avocat concluait qu'il y avait donc deux genres de preuves, au défaut de registres.

Cet article de l'Ordonnance ne porte pas que s'il y a un commencement de preuve, par les registres et papiers domestiques, la preuve testimoniale sera reçue. Elle ne dit autre chose, sinon que s'il n'y a point de registres, la preuve vocale sera reçue : d'où il résulte que toutes les fois que les registres publics ne déterminent point l'état de celui qui le réclame, la preuve par témoins est admissible.

Quant à la seconde proposition, l'Avocat de Mademoiselle de Choiseul disait que Madame la Duchesse de Choiseul était accouchée d'elle le 8 Octobre 1697 ; qu'elle avait eu le nommé Leduc pour Accoucheur, qui par ses soins l'avait fait nourrir à Meudon ; qu'au mois d'Aout 1724, postérieurement à sa plainte, elle avait découvert le registre-journal de cet Accoucheur décédé ; que sur ce registre on trouvait que Leduc avait été mandé au mois de Septembre 1697, pour voir Madame de Choiseul ; qu'elle n'avait accouché que le 8 Octobre suivant, d'une fille qui lui avait été laissée pour la mettre en nourrice ; qu'il l'avait envoyée à Meudon, et qu'avant de l'y envoyer, il lui avait fait une marque à laquelle on pourrait toute sa vie, la reconnaître. Leduc, sur le même registre, rendait compte de tout l'argent reçu de Madame de Choiseul, et de tout ce qu'il avait donné à la nourrice par son ordre.

Cette question fut plaidée avec le plus grand éclat, pendant plusieurs Audiences, au Parlement de Paris, où, par Arrêt du 13 Avril 1726, contre les conclusions de M. l'Avocat-Général Gilbert de Voisins, il fut permis à Mademoiselle de Choiseul

[ARTICLE 51.]

de faire preuve, tant par titres que par témoins, des faits par elle articulés, sauf la preuve contraire.

P. 341.—L'Avocat Melenet, dans ses Manuscrits, observe, sur l'article XVI de ce titre, que quand les registres sont perdus, on peut justifier d'une profession par d'autres pièces ; ainsi qu'il dit avoir été jugé au Parlement de Dijon, à l'Audience publique de la Grand-Chambre, le 16 Juillet 1630, sur la plaidoirie des Avocats Delaloge et Parize, entre les Cordeliers d'Autun et Jean Buchillon. On avait quelque commencement de preuve par écrit, qu'il avait été Cordelier Profès. Il y avait cependant 50 ans qu'il était Prêtre séculier.

Quoique le père eut consenti au noviciat, et que le Concile de Trente et l'Ordonnance de Blois établissent une majorité canonique pour faire profession à seize ans, il faut cependant le consentement du père ou tuteur. Il cite le tome 10 Journal du Palais, question 1, et les modifications du Parlement de Dijon sur l'article VIII de l'Ordonnance de 1629. Elles seront rapportées à la fin de ce Code.

Le même Auteur Melenet ajoute que cet Arrêt de 1680 fait présumer qu'il n'est pas besoin de l'acte de profession ; mais que tout autre acte peut servir à cette preuve. Les Parties étaient demeurées d'accord qu'elles n'avaient pas cet acte. La Cour aurait jugé autrement, si elle l'avait cru nécessaire. L'Avocat Parise, qui plaidait pour les Intimés, fit valoir le passage de Chopin, *Monasticorum*. livre 1, titre 3, n. 4, qu'un Religieux, *ex eo ipso regularia vota emisisse videtur, quod majores Sacerdotum regulas et Sacros Ordines religiosi viri titulo et habitu suscepisset*. Voyez Bordenave, de l'état des Eglises Cathédrales, p. 1, chap. 12, n. 71.

Voyez l'article LV de l'Ordonnance de Moulins, et Bouguier, lettre M, n. 3, où il dit, qu'il ne suffit pas d'avoir porté l'habit de Religieux Profès, et d'avoir fait tous les actes de profès pendant un an et jour, même pendant vingt-cinq ans et plus, pour être censé religieux ; mais qu'il faut un acte de

[ARTICLE 51.]

Profession par écrit : d'où vient cet adage commun : *l'habit ne fait pas le Moine*.

Il est juste que la preuve par témoins soit reçue, lorsque les registres publics sont perdus, parce que, dans ce cas, on ne peut imputer aux Parties aucune faute ni négligence ; il faut cependant, comme il a déjà été observé, quelque commencement de preuve par écrit, surtout des actes postérieurs qui prouvent la possession de l'état que l'on réclame.

Boutaric, sur cet article, remarque qu'il est conforme à la loi 6, Cod. *de fide instrumentorum* : *Statum tuum natali professione perdita, mutilatum non esse certi juris est*. Il ajoute que la preuve vocale étant ordonnée, la preuve contraire doit être permise, non-seulement à l'autre Partie ; mais encore aux Procureurs-Généraux et à leurs Substituts sur les lieux, s'il s'agit des capacités de bénéfices, receptions, sermens ou installations aux charges et offices, parce que les gens du Roi sont Parties nécessaires.

* C. N., 46. } Lorsqu'il n'aura pas existé de registres, ou
 } qu'ils seront perdus, la preuve en sera reçue
 tant par titres que par témoins ; et dans ces cas, les mariages,
 naissances et décès pourront être prouvés tant par les registres et papiers émanés des pères et mères décédés, que par témoins.

[ARTICLE 52.]

52. Tout dépositaire des registres est civilement responsable des altérations qui y sont faites, sauf son recours, s'il y a lieu, contre les auteurs de ces altérations.	52. Every depositary of such registers is civilly responsible for any alteration made therein, saving his recourse, if any, there be, against the party altering the same.
--	--

* *C. N.*, 51. } Tout dépositaire des registres sera civilement responsables des altérations qui y surviendront, sauf son recours, s'il y a lieu, contre les auteurs des dites altérations.

* 2 *Pand. Franc.*, p. 278. } Il n'y a certainement point de disposition plus juste que celle-ci. L'officier de l'Etat civil est dépositaire de la preuve de l'état des citoyens, qui est leur propriété la plus précieuse. Il est, en conséquence, tenu de la faute la plus légère, comme tout autre dépositaire. Ses obligations sont d'autant plus rigoureuses ; la garde, la surveillance, qui lui sont imposées, doivent être d'autant plus exactes ; que, d'une part, le dépôt est plus important ; et que, d'une autre part, il n'est point volontaire.

* *Dard, sur art.* } La disposition de cet article n'est qu'une application des loix sur les obligations du dépositaire. *Vide. argum. ex leg. 1, § 16, ff. depositi vel contra ; leg. 42, ff. ad. leg. Aquil. : leg. 18, § 1, ff. commodati vel contra.*

Favard, Rep., Vbo. Acte, } Il y a plus : tout dépositaire des s. 1, §. III, p. 61. } registres est civilement responsable des altérations qui y surviennent, quand même il ne serait auteur, ni complice du fait, quand même l'auteur en serait inconnu, sauf son recours, s'il y a lieu, contre les auteurs, s'il peut les découvrir. (Code civil, art. 51.)

[ARTICLE 52.]

1 *Toullier, No. 312, §. 2, p. 285.* } Dans tous ces cas, le dépositaire des registres est soumis aux dommages et intérêts des parties intéressées, quand même il ne serait auteur ni complice du fait, quand même l'auteur en serait inconnu (*Loché, p. 74*) sauf son recours, s'il y a lieu, contre les auteurs, s'il peut les découvrir.

Si le dépositaire des registres est auteur ou complice du délit, il est en outre poursuivi criminellement.

1 *Delvincourt, sur art. 51, C. N., p. 59 des Notes et Explic.* } Responsable civilement, c'est à-dire qu'il ne sera pas sujet à l'action criminelle, mais qu'il pourra être poursuivi en dommages-intérêts ; et ce, comme dit le texte, quoiqu'il ne soit ni auteur, ni complice. Il devait veiller à la sûreté et à la conservation des registres, de manière à empêcher qu'il ne fût d'y porter la main. Aussi doit-on remarquer qu'il n'est responsable que des altérations, c'est-à-dire des falsifications commises depuis la rédaction de l'acte. Quant aux faux proprement dits, ou ils ont été commis à sa connaissance, alors il est complice et sujet à l'action criminelle ; ou ils ont eu lieu sans sa participation, et alors il n'en est pas responsable.

53. Toute contravention aux articles du présent titre de la part des fonctionnaires y dénommés, qui ne constitue pas une offense criminelle punissable comme telle, est punie par une amende qui n'excède pas quatre-vingts piastres et n'est pas moins de huit.	53. Every infraction of any article of this title by any of the officers therein named, which does not amount to a criminal offence, and which is not punishable as such, is punished by a penalty not exceeding eighty dollars, nor less than eight.
---	--

[ARTICLE 53.]

* *Ord.*, 1667, *tit.* XX, } [Art. XII.] Après la remise du
art. 12, 13, 18. } Registre au Greffe, il sera au choix
 des parties d'y lever les extraits, dont ils auraient besoin, si-
 gnés et expédiés par le greffier, ou de le compulser entre les
 mains des curés ou vicaires, et y sera fait mention du jour
 de l'expédition et délivrance, à peine de nullité. Pour cha-
 cun desquels extraits et certificats, pourront tant les curés ou
 vicaires que les Greffiers, prendre dix sols dans les villes
 auxquelles il y a Parlement, Evêché ou Siège Présidial, et
 cinq sols dans les autres lieux, sans qu'ils puissent exiger ou
 recevoir plus grande somme, sous quelque prétexte que ce
 soit, à peine d'exaction.

[Art. XIII.] Enjoignons à tous curés ou vicaires, marguil-
 liers, custodes et autres directeurs des œuvres et Fabriques,
 aux Maîtres et Administrateurs, Recteurs et Supérieurs ecclé-
 siastiques des Hopitaux et tous autres pour les lieux où il y aura
 eu baptêmes, mariages et sépultures, chacun à son égard, de
 satisfaire à tout ce que dessus, à peine d'y être contraints,
 les ecclésiastiques par saisie de leur temporel, et à peine de
 vingt livres d'amende contre les marguilliers, ou autres per-
 sonnes laïques en leur nom.

[Art. XVIII.] Permettons à toutes personnes qui auront
 besoin des actes de baptêmes, mariages, sépultures, ton-
 sures, ordres, vêtures, noviciat ou professions, de faire
 compulser tous les registres entre les mains des dépositaires,
 lesquels seront tenus de les représenter pour en être prix
 des extraits, et à ce faire contraints, nonobstant tous privilè-
 ges et usages contraires, à peine de saisie de leur temporel, et
 de privation de leurs droits, exemptions et privilèges à eux
 accordés par nous et nos prédécesseurs.

* *Decln.* de 1736, } [Art. XIX.] Cité sous l'art. 49.
art. 19, 33, 39. } [XXXIII.] Permettons à toutes person-
 nes qui auront droit de lever des actes soit de baptêmes, ma-

[ARTICLE 53.]

riages ou sépultures, soit de vêtue, noviciat, profession ou enregistrement des profession dans l'ordre de St. Jean de Jérusalem, soit de tonsure et ordres mineurs ou sacrés, de faire compulser les Registres entre les mains des dépositaires d'iceux, lesquels seront tenus de les représenter pour en être pris des extraits, et à ce faire contraints, nonobstant tous privilèges et usages contraires, à peine de saisie du temporel, et de privation des droits, exemptions et privilèges, à eux accordés par Nous ou par nos prédécesseurs.

[XXXIX.] En cas de contravention aux disposition de notre présente déclaration, qui concerne la forme des Registres, et celle des actes qui y seront contenus, la remise des dits Registres à ceux qui en doivent être chargés et l'apport qui en doit être fait au greffe des Juridictions Royales : Voulons que les Laïcs soient condamnés en dix livres d'amende et les curés ou autres personnes ecclésiastiques en dix livres d'aumône, applicable à telle œuvre pie que les juges estimeront à propos, et les uns et les autres en tels dépens, dommages et intérêts qu'il appartiendra ; au paiement desquels, ensemble de la dite aumône les dites personnes ecclésiastiques pourront être contraintes par saisie de leur temporel et les Laïcs par toutes voyes dues et raisonnables, mêmes les uns et les autres au payement des déboursés de nos Procureurs, ou de ceux des Hauts-Justiciers, en cas de poursuite de leur part, laissant à la prudence des juges de prononcer de plus grandes peines selon l'exigence des cas, notamment en cas de récidive.

2 *Pand. Franc.*, } Cité sous l'art. 52.
p. 278. }

* *S. R. B. C.*, } Tout prêtre ou ministre qui refuse ou né-
c. 20, s. 9. } glige de se conformer aux dispositions du pré-
sent acte, tant pour la forme des registres susdits, et des en-
trées qui y seront faites, que pour la remise du duplicata au

[ARTICLE 53.]

greffe du protonotaire, comme susdit, encourra pour chaque refus ou négligence une amende de pas moins de huit piastres et de pas plus de quatre-vingts piastres, sans préjudice au droit d'action que la partie lésée peut avoir contre lui pour tous dépens, dommages et intérêts civils pour tel refus ou négligence comme ci-dessus. (35 George 3, c. 4, s. 7.)

Code. P. C.,—1238. } Les curés, les marguilliers des
œuvres et Fabriques et autres administrateurs d'Eglises, dans les lieux où il y a eu des baptêmes, mariages et sépultures, ainsi que les supérieurs des communautés où il y a eu profession religieuse, sont tenus, chacun à son égard, de satisfaire aux prescriptions de la loi relativement aux registres des actes de l'Etat Civil, et peuvent y être contraints par telles voies et sous telles peines et dommages que de droit.

* *C. N.*, 50. } Toute contravention aux articles précédents de la part des fonctionnaires y dénommés, sera poursuivie devant le tribunal de première instance, et punie d'une amende qui ne pourra excéder cents francs.

CHAPITRE DEUXIEME.
DES ACTES DE NAISSANCE.

54. Les actes de naissance énoncent le jour de la naissance de l'enfant, celui du baptême, s'il a lieu, son sexe et les noms qui lui sont donnés ; les noms, prénoms, profession et domicile des père et mère, ainsi que des parrains et marraines, s'il y en a.

CHAPTER SECOND.
OF ACTS OF BIRTH.

54. Acts of birth set forth the day of the birth of the child, that of its baptism, if performed, its sex, and the names given to it ; the names, surnames, occupation and domicile of the father and mother, and also of the sponsors, if any there be.

[ARTICLE 54.]

* *S. R. B. C.*, } Dans les entrées de baptême sur les dits regis-
c. 20, s. 5. } tres, il sera fait mention en lettres, des jour,
 mois et an du baptême de l'enfant, du temps de sa naissance,
 du nom qui lui est donné, de celui de ses père et mère, de la
 qualité ou occupation du père et lieu de sa demeure, et des
 noms des parrains et marraines, s'il en a.

* *Ord.*, 1667, *tit. XX*, } Dans l'article des baptêmes sera
art. 9. } fait mention du jour de la naissance,
 et seront nommés l'enfant, le père et la mère, le parrain et
 la marraine ; et aux mariages seront mis les noms et surnoms,
 âges, qualités et demeures de ceux qui se marient, s'ils sont
 enfans de famille, en tutelle, curatelle ou puissance d'autrui,
 et y assisteront quatre témoins qui déclareront sur le regis-
 tre s'ils sont parens, de quel côté et en quel degré ; et dans
 les articles *des sépultures* sera fait mention du jour du décès

* *Déclar.*, 1736, *art. 4.* } Dans les actes de baptême, il sera
 } fait mention du jour de la naissance,
 et du nom qui sera donné à l'enfant, de celui de ses père et
 mère, parain et maraine, et l'acte sera signé sur les deux
 registres, tant par celui qui aura administré le baptême, que
 par le père, (s'il est présent) le parain et la maraine ; et à
 l'égard de ceux qui ne sauront ou ne pourront signer, il sera
 fait mention de la déclaration qu'ils en feront.

* *C. N.*, 57. } L'acte de naissance énoncera le jour,
 } l'heure et le lieu de la naissance, le sexe
 de l'enfant, et les prénoms qui lui seront donnés, les prénoms,
 noms, profession et domicile des père et mère, et ceux des té-
 moins.

[ARTICLE 55.]

55. Ces actes sont signés, dans les deux registres, tant par celui qui les reçoit que par le père et la mère, s'ils sont présents, et par le parrain et la marraine, s'il y en a ; quant à ceux qui ne peuvent signer, il est fait mention de la déclaration qu'ils en font.	55. These acts are signed in both registers, by the officer officiating, by the father and mother if present, and by the sponsors if any there be ; if any of them cannot sign, their declaration to that effect is noted.
---	---

* *S. R. B. C., c. 20, s. 5, § 2,* } Ces entrées seront signées sur les deux registres, tant par celui qui aura fait le baptême, que par le père et la mère s'ils sont présents, et par les parains et marraines s'il y en a ; et à l'égard de ceux qui ne peuvent signer, mention en sera faite aux entrées.

* *Ord., 1667, tit. XX, art. 10.* } Les baptêmes, les mariages et sépultures, seront en un même registre selon l'ordre des jours, sans laisser aucun blanc ; et aussitôt qu'ils auront été faits, ils seront écrits et signés : savoir le baptême par le père, s'il est présent, et par les parains et marraines ; et les actes de mariage par les personnes mariées, et par quatre de ceux qui y auront assisté. Les sépultures par deux des plus proches parens ou amis qui auront assisté au convoi ; et si aucun d'eux ne savent signer ils le déclareront, et seront de ce interpellés par le curé ou vicaire, dont sera fait mention.

* *C. N., 39.* } Ces actes seront signés par l'officier de l'état civil, par les comparants et les témoins ; ou mention sera faite de la cause qui empêchera les comparants et les témoins de signer.

[ARTICLE 56.]

56. Dans le cas où il est présenté au fonctionnaire public un enfant dont le père et la mère ou tous deux, sont inconnus, il en est fait mention dans l'acte qui en doit être dressé.	56. When the father and mother of any child presented to the public officer are either or both of them unknown, the fact is mentioned in the register.
--	---

* *S. R. B. C.*, c. 20, } Si un enfant est présenté au baptême,
 s. 5, § 3. } et que son père ou sa mère ne soit pas
 connu, il en sera fait mention aux entrées. (35 *G. 3*, c. 4, s. 3.)

* *C. N.* 55, 56, 58. } [55.] Les déclarations de naissance se-
 } ront faites, dans les trois jours de l'ac-
 couchement, à l'officier de l'état civil du lieu ; l'enfant lui
 sera présenté.

[56.] La naissance de l'enfant sera déclarée par le père, ou, à défaut du père, par les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé, ou autres personnes qui auront assisté à l'accouchement ; et, lorsque la mère sera accouchée hors de son domicile, par la personne chez qui elle sera accouchée.

L'acte de naissance sera rédigé de suite, en présence de deux témoins.

[58.] Toute personne qui aura trouvé un enfant nouveau-né sera tenu de le remettre à l'officier de l'état civil, ainsi que les vêtements et autres effets trouvés avec l'enfant, et de déclarer toutes les circonstances du temps et du lieu où il aura été trouvé.

Il en sera dressé un procès-verbal détaillé, qui énoncera en outre l'âge apparent de l'enfant, son sexe, les noms qui lui seront donnés, l'autorité civile à laquelle il sera remis. Ce procès-verbal sera inscrit sur les registres.

[ARTICLE 57.]

CHAPITRE TROISIÈME.

DES ACTES DE MARIAGE.

CHAPTER THIRD.

OF ACTS OF MARRIAGE.

57. Avant de célébrer le mariage, le fonctionnaire chargé de le faire se fait représenter un certificat constatant que les publications de bans requises par la loi ont été régulièrement faites, à moins qu'il ne les ait faites lui-même, auquel cas ce certificat n'est pas nécessaire.	57. Before solemnizing a marriage, the officer who is to perform the ceremony must be furnished with a certificate establishing that the publication of bans required by law has been duly made ; unless he has published them himself, in which case such certificate is not necessary.
---	---

* *Pothier, Mariage, Nos. 66, à 84, 349.* } {66.] Le mariage, avant que d'être célébré, doit être précédé de bans. Le terme *bans* signifie *publication, proclamation*.

. Les bans de mariage sont des dénonciations publiques qui se font aux Prônes des églises paroissiales, du mariage que les parties dénommées par les dites dénonciations, entendent contracter, avec injonction à ceux qui sauraient des empêchements au dit mariage, de les révéler.

Nous traiterons, 1^o de l'antiquité de l'usage des bans de mariage, et de leur nécessité : 2^o. de leur forme : 3^o. nous verrons par qui la publication doit s'en faire : 4^o. où elle doit être faite : 5^o. en quel temps : 6^o. de quelle chose le curé doit s'assurer avant que de publier les bans : 7^o. nous traiterons des dispenses de bans : 8^o. des oppositions aux bans de mariage.

§. I. *De l'antiquité de l'usage des Bans de mariage ; et de leur nécessité.*

[67.] L'usage de faire précéder les mariages par des publications de bans, est très ancien dans l'église ; il en est fait

[ARTICLE 57.]

mention dans l'Épître décrétale du Pape Innocent III, à l'évêque de Beauvais, vers le commencement du treizième siècle, où ces mots, *secundum consuetudinem ecclesiæ gallicanæ*, se trouvent dans la collection dont Antoine Augustin a donné une édition, et qui ne se trouvent plus dans celle de Raymond de Pegnafort, où cette décrétale est rapportée, *cap. 27, ext. de sponsal*

Innocent III, a fait une ordonnance dans le Concile de Latran, pour faire observer cet usage dans toute l'Eglise ; *cap. cum inhibitio ext. de cland. desponsat.*

[68.] Les motifs de cette discipline sont, 1o. pour empêcher les mariages clandestins, en rendant les mariages publics par la publication des bans ; 2o. pour avoir révélation des empêchements de mariage qui pourraient se rencontrer dans les parties dont on publie les bans.

Tous ceux qui ont connaissance de quelque empêchement, étant avertis par la publication des bans, sont obligés de révéler au Curé qui les a publiés, la connaissance qu'ils en ont.

Ils y sont obligés, quand même ils n'en pourraient fournir la preuve ; car le Curé qui en est averti, peut, sur les représentations qu'il fera secrètement à la partie, la faire convenir de l'empêchement, et l'engager à renoncer au mariage qu'elle voulait contracter.

[69.] Le Concile de Trente a renouvelé l'ordonnance du Concile de Latran ; l'ordonnance de Blois a donné force de loi à cet usage. Elle porte, art. 40, " pour obvier aux abus " qui adviennent des mariages clandestins, avons ordonné " que nos sujets ne pourront valablement contracter mariage " sans proclamations précédentes de bans, faites par trois " divers jours de fête, avec intervalle compétent. "

Quoiqu'il semblerait par ces termes, *ne pourront valablement contracter mariage*, que le défaut de publication de bans devrait rendre le mariage nul, néanmoins, comme c'est prin-

[ARTICLE 57.]

ciipalement pour obvier à la clandestinité des mariages, que l'ordonnance requiert cette formalité, suivant qu'elle s'en exprime dans l'article ci-dessus rapporté, on ne serait pas reçu à attaquer, par le défaut de cette formalité, un mariage dont la publicité ne serait pas contestée, et qui ne serait pas accusé de clandestinité. C'est ce qu'enseigne d'Héricourt en ses *Loix Ecclésiastiques*, chapitre du mariage, art. 1, no. 21, et plusieurs autres auteurs. Bardet, liv. 7, ch. 38, rapporte un arrêt du mois d'Août 1638, qui a déclaré valable un mariage célébré entre majeurs, sans publication de bans préalable. Il y a un arrêt semblable du 15 Mars 1691, rendu sur les conclusions de M. d'Aguesseau, rapporté au cinquième Tome du "*Journal des Audiences*" ; quoique dans l'espèce le mariage eût commencé *ab illicitis*.

Mais lorsqu'un mariage est accusé de clandestinité, si la publicité n'est pas bien prouvée, le défaut de publication de bans est d'un grand poids pour le faire déclarer clandestin, et le faire en conséquence priver des effets civils.

Le prêtre qui a célébré le mariage sans s'être fait représenter ou le certificat de proclamation de bans, donné par ceux qui ont dû les publier, ou la dispense de bans accordée par l'Evêque ou son Grand-Vicaire, peut être poursuivi, tant devant son Official, que devant le juge séculier, et être puni par l'Official par des peines canoniques ; et par le juge séculier, par des amendes ou autres peines, suivant l'exigence des cas.

§. II. *De la forme des bans de mariage.*

[70.] Les bans de mariage doivent contenir les noms, sur-noms, qualités et demeures des parties, et les noms et qualités de leur père et mère, de manière que le peuple, qui est assemblé dans l'église où ils se publient, puisse connaître quelles sont les personnes dont on publie les bans de mariage.

Cette publication doit se faire en langue vulgaire, à haute et intelligible voix, de manière que tout le monde l'entende.

[ARTICLE 57.]

§. III. *Par qui doit se faire la publication de bans.*

[71.] La publication doit se faire par le Curé de la Paroisse où elle est faite ; ou par son Vicaire, ou par un prêtre par lui commis : cette publication étant une fonction curiale, elle ne pourrait pas par conséquent être valable, si elle était faite par un Curé primitif, de sa propre autorité. Albert rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouse, du 3 février 1692, qui a déclaré abusive une proclamation de bans de mariage, faite par le Doyen de l'église cathédrale d'Agde, en sa qualité de Curé primitif de la paroisse établie dans cette cathédrale.

Il a été aussi défendu aux huissiers et autres officiers de Justice, de faire des publications de bans, sur le refus du Curé. Fevret, l. 5, chap. 2, rapporte un Arrêt du 12 mars 1614, qui a condamné un sergent à de grosses peines, pour avoir publié des bans sur le refus du Curé ; on doit, en cas de refus du Curé, l'assigner devant l'Official, pour lui enjoindre de les publier ; et s'il persiste dans son refus, [l'Evêque ou son Vicaire-Général, peut commettre un prêtre pour les aller publier dans l'église du Curé refusant.

§. IV. *Où doit se faire la publication des bans.*

[72.] Cette publication doit être faite dans l'Eglise paroissiale des parties ; et lorsqu'elles sont de différentes paroisses, elle doit être faite dans l'église paroissiale de chacune des parties ; c'est-à-dire, dans celle du lieu de leur résidence, ordinaire, quand même ce lieu ne serait pas leur vrai domicile de droit, parcequ'ils n'y sont pas pour perpétuelle demeure, mais pour raison de quelque emploi amovible qu'ils y exercent.

Lorsqu'une partie a changé de paroisse sans changer de diocèse, s'il n'y a pas six mois entiers qu'elle y demeure, ses bans doivent être publiés, non-seulement dans la paroisse de sa nouvelle demeure, mais encore dans la paroisse qu'elle a quittée.

[ARTICLE 57.]

Lorsqu'elle a changé de Diocèse, il faut qu'il y ait un an entier qu'elle y demeure, pour être dispensée de faire publier ses bans dans la Paroisse qu'elle a quittée.

Lorsque les parties sont mineures, leurs bans doivent être publiés, non-seulement dans le lieu de leur résidence, qui est leur domicile de fait, mais encore dans celui de la demeure de leurs père, mère, tuteur ou curateur, qu'on appelle à cet égard leur domicile de droit.

[73.] Lorsqu'une partie demeure dans le détroit d'une église qui est annexe d'une autre église, c'est l'Eglise annexe qui est sa paroisse, et où ses bans de mariage doivent être publiés ; ils ne seraient pas bien publiés dans l'Eglise matrice.

On appelle Eglise annexe, celle qui est gouvernée par le même Curé que celui de l'Eglise matrice, mais qui a un détroit particulier distingué de celui de l'Eglise matrice, et où les fidèles de ce détroit vont recevoir les sacrements, où il y a, pour cet effet, des fonts baptismaux, et où il y a une fabrique particulière.

Il en est autrement des Eglises ou Chapelles succursales, établies pour la commodité des paroissiens éloignés de l'Eglise paroissiale : les bans ne seraient pas valablement publiés dans la succursale ; ils doivent l'être dans l'Eglise paroissiale.

§. V. *En quel temps se fait la publication des bans.*

[74.] L'ordonnance dit que les bans seront publiés par trois divers jours de fêtes avec intervalle compétent.

Elle entend par jours de fête, tant les dimanches que les autres jours fêtés par le peuple.

Barbosa, dont Van-Espen rapporte le sentiment, pense que les jours auxquels on fait dans la paroisse une fête, qui, sans être d'obligation, mais seulement de dévotion, y attire un aussi grand concours qu'aux plus grands jours de fêtes, doi-

[ARTICLE 57.]

vent être compris sous le terme de jours de fête, et qu'on peut valablement publier en ce jour, des bans de mariage.

C'est *intra missarum solemnias*, c'est-à-dire, au prône de la Messe de Paroisse que doivent se publier les bans : la publication serait abusive, si elle était faite le soir à vêpres.

[75.] L'ordonnance veut qu'il y ait un intervalle compétents entre les jours que se font les publications.

Cet intervalle est requis principalement afin que ceux qui ont des oppositions à former aux bans, aient le temps de les former.

Il faut aussi que ceux qui auraient connaissance de quelque empêchement, aient le temps de venir à révélation.

L'ordonnance n'ayant pas réglé le temps de cet intervalle, il dépend de l'usage des différens Diocèses ; dans plusieurs Diocèses, du nombre desquels est le nôtre, il suffit qu'il soit d'un jour.

C'est pourquoi, si après qu'on a fait une première publication le Dimanche, il se rencontre une fête au mardi suivant, la seconde publication pourra se faire le mardi ; mais si la fête s'était trouvée le lundi, elle n'aurait pu se faire, faute d'intervalle.

§. VI. *Des choses dont le Curé doit s'assurer avant de publier les bans de mariage.*

[76.] Les bans de mariage ne doivent se publier que du consentement des deux parties qui se sont réciproquement promis de s'épouser ; c'est pourquoi, si l'une des parties apporte à son curé des bans de mariage à publier, le curé ne doit pas procéder à la publication, sans s'être auparavant assuré que l'autre partie y consent.

Lorsque les parties, ou l'une d'elles, sont enfans de famille, ou en puissance d'autrui, le curé doit, avant que de procéder à la publication des bans, se faire représenter le consente-

[ARTICLE 57.]

ment de leurs père, mère, tuteur ou curateur ; ce consentement étant requis pour la publication des bans par la déclaration du 26 Novembre 1639, art. 1, où il est dit : “ La proclamation
 “ des bans sera faite pas le curé de chacune des parties con-
 “ tractantes avec le consentement des père, mère, tuteurs ou
 “ curateurs, s'ils sont enfans de famille, ou en la puissance
 “ d'autrui. ”

§. VII. *Des dispenses de Bans.*

[77.] Le Roi, en faisant, par l'ordonnance de Blois, une loi qui n'était auparavant qu'un article de discipline ecclésiastique, a bien voulu laisser aux Evêques ou à leurs Vicaires-généraux, le pouvoir d'en accorder des dispenses : les Vicaires-généraux, nommés par les Chapitres des cathédrales, pour exercer la Juridiction épiscopale, pendant la vacance du siège, ont le droit d'accorder ces dispenses.

On a mis en question, si certains Abbés, qui sont en possession d'une juridiction quasi-épiscopale dans un certain territoire, ont le droit d'accorder ces dispenses. Fagnan, sur le chapitre *cùm inhibitio ext. de claud. desp.* le leur refuse. L'Auteur des conférences de Paris cite des exemples d'abbés qui sont en possession de les accorder, sauf que l'évêque a la prévention ; et que lorsque les parties se sont adressées à l'Evêque qui les a refusées, l'abbé ne peut plus les accorder.

Lorsque les parties sont de différens Diocèses, la dispense de l'Evêque de l'une des parties ne suffit pas ; chacune des parties doit avoir la dispense de son Evêque.

[78.] L'ordonnance de Blois a réglé en quel cas il était permis aux Evêques d'accorder ces dispenses.

Il est dit en l'article 40 de cette Ordonnance, “ qu'on ne
 “ pourra obtenir dispenses qu'après la première proclamation
 “ faite ; et ce, seulement pour quelqu'urgente et légitime
 “ cause, et à la réquisition des principaux et plus proches
 “ parents des parties contractantes. ”

[ARTICLE 57.]

On peut donner pour exemple d'une juste cause de dispense, le cas auquel il y aurait lieu de craindre de la part de quelqu'un, qu'il ne formât par malice une opposition mal-fondée, qui différerait le mariage pendant un long temps qui serait nécessaire pour la faire vuider ; *Si probabilis fuerit suspicio matrimonium malitiosè impediri posse si tot præcesserint denuntiationes ; Conc. Trid. Sess. 24, Cap. 1º.*

Il peut y avoir plusieurs autres justes causes de dispenses ; *putá*, la grossesse de la fiancée, qui exige l'accélération de la célébration du mariage, pour éviter le scandale d'un accouchement qui arriverait avant ou trop peu de temps après le mariage.

Le cinquième concile de Milan, tenu par St. Charles, décide que la proximité du temps du Carême ou de l'Avent, n'est pas une cause suffisante pour dispenser de la publication de quelqu'un des trois bans ; *cùm præsertim* (dit le Concile) *eo sacro tempore, qui jam matrimonio juncti sunt ab illius usu abstinere potius conveniens sit, nedum sponso uná conjungi. Conc. med. 5 can.*

St. Charles était bien éloigné d'accorder des dispenses pour la célébration du mariage, même dans ces saints temps.

[79.] La disposition de l'Ordonnance qui ne permet d'accorder des dispenses de la proclamation de quelqu'un des bans-que pour de justes causes, n'est guères bien observée.

Celle qui défend de n'en accorder qu'après la première publication, n'est pas non plus observée à la rigueur, et on tolère que les Evêques ou leurs Grands-Vicaires accordent quelquefois la dispense des trois bans ; mais ils doivent être très réservés. Par arrêt du 13 Juin 1634, rapportée par Bar-det, T. II, L. 3, c. 23, il est fait défenses à tous Grands-Vicaires de ne plus accorder dispenses de trois bans, sans connaissance de cause, à peine de nullité et de répondre en leur nom, des dépens, dommages et intérêts des parties.

Fevret, en son traité de l'abus, L. 5, c. 2, n. 32, observe, à

[ARTICLE 57.]

l'égard des dispenses, qu'il y a lieu à l'appel comme d'abus, lorsque le Supérieur ecclésiastique a imposé aux parties plus que ce qui est accoutumé, quand même la somme aurait été applicable en œuvres pies.

[80.] Il nous reste à observer que les Evêques ou leurs Vicaires-Généraux peuvent bien dispenser de faire les proclamations ; mais qu'ils n'ont pas le droit de permettre qu'elles soient faites par un Prêtre étranger, ni ailleurs qu'en la Paroisse des parties : si l'Evêque le permettait, il y aurait lieu à l'appel comme d'abus ; (Fevret, L. 5, c. 2, n. 8.)

§. VIII. *Des oppositions aux bans.*

[81.] Les personnes qui prétendent avoir droit d'empêcher le mariage dont on a publié les bans, peuvent former opposition aux bans.

Telle est celle qui prétendrait être mariée, ou même seulement fiancée à une personne dont on a publié les bans de mariage avec une autre.

Ces oppositions sont aussi quelquefois formées par les parents, surtout par les père, mère, tuteurs ou curateurs qui prétendent avoir droit d'empêcher le mariage de l'une des parties.

[82.] Cette opposition se fait par une signification qui est faite par le ministère d'un huissier ou sergent, au curé qui a publié les bans, par laquelle il est dit, qu'un tel est opposant au mariage d'un tel ou d'une telle, dont le curé a publié les bans.

L'Arrêt de Règlement du 15 Juin 1691, ordonne qu'à cet effet, les Curés seront tenus d'avoir un registre où ils transcriront les oppositions, et pareillement les désistements et main-levée qui en seraient donnés par les parties, ou prononcés par des jugements. Ils doivent faire signer sur leur registre la personne qui donnera la main-levée ; et lorsqu'ils

[ARTICLE 57.]

ne la connaissent pas, ils doivent se faire certifier qu'elle est la même personne.

L'opposition, quelque mal fondée qu'elle paraisse, doit empêcher le Curé de passer à la célébration du mariage, jusqu'à ce qu'il ait été donné main-levée, ou par la partie opposante, ou par le Juge.

L'appel interjetté par l'opposant de la sentence qui a donné main-levée, suspend cette main-levée, et doit empêcher le Curé à qui il est signifié, de passer outre à la célébration.

Le Curé qui, au mépris de l'opposition à lui signifiée, aurait passé outre à la célébration du mariage, doit, suivant le Droit Canonique, être puni par l'Official, par une suspense de trois ans ; *Cap. cum inhibitio ext. de cland. despons.* Il peut aussi en ce cas, être poursuivi devant le Juge séculier, pour les dommages et intérêts de la partie opposante ; mais le mariage n'est pas nul, pour cela seul qu'il a été célébré au mépris de l'opposition, lorsqu'elle n'était pas fondée. D'Héricourt, en son *Traité des loix ecclésiastiques*, tit. du mariage., n. 23, en fait une maxime, et il n'y a point de loi qui en prononce en ce cas la nullité. Néanmoins il y a au cinquième Tôme du *Journal des Audiences*, un arrêt du 3 Decembre 1691, qui, sur l'appel comme d'abus interjetté par un père, de la célébration du mariage de son fils majeur de trente-deux ans, célébré au mépris de son opposition, a déclaré nul ce mariage, quoiqu'il y en eût plusieurs enfants. Les moyens proposés par M. l'Avocat-Général de Lamoignon étaient, qu'il était important pour le public de ne pas souffrir qu'on passe outre à la célébration d'un mariage, au mépris d'une opposition ; qu'ainsi le mariage devait être déclaré nul, sauf aux parties, après l'opposition viudée, à le réitérer : j'aurais de la peine à me rendre à la décision de cet arrêt, et à déclarer nul un mariage, pour avoir été célébré au préjudice de l'opposition lorsqu'il paraît qu'elle n'était pas fondée.

[83.] La partie qui veut avoir main-levée de l'opposition

[ARTICLE 57.]

faite à ses bans de mariage, doit assigner l'opposant devant le juge qui est compétent pour en connaître.

La compétence du Juge dépend de la chose qui fait l'objet de l'opposition.

Lorsque l'opposition concerne le lien des fiançailles ou d'un mariage, que la partie opposante prétend avoir contracté avec la partie dont on a publié les bans de mariage avec un autre, c'est au Juge d'Eglise à qui la connaissance en appartient, et devant qui l'assignation doit être donnée. *Suprà* n. 49 : “ (Les fiançailles étant un contrat, appartiennent, de même que tous les autres contrats, à l'ordre politique ; et par conséquent c'est le Juge séculier qui en est le Juge naturel. Néanmoins, en considération de ce que les fiançailles ont pour objet le mariage que les parties se sont réciproquement obligées de contracter, et que le mariage, en tant qu'il est élevé à la dignité de Sacrement, renferme quelque chose de spirituel, nos Rois ont bien voulu permettre que les Juges d'Eglise pussent aussi connaître des fiançailles, pourvu qu'ils se bornent seulement à connaître de leur validité ou invalidité, et non des dommages et intérêts qui résultent de leur inexécution. Le juge d'Eglise ne peut connaître des fiançailles, qu'entre le fiancé et sa fiancée. Lorsque c'est un père qui a promis de donner son fils ou sa fille à quelqu'un, l'engagement qu'il contracte n'a rien de spirituel ; il ne peut être poursuivi pour l'accomplir, que devant le Juge séculier.) ”

Si l'opposant fournit la preuve qu'il y a effectivement un mariage subsistant entre lui et la partie dont on a publié les bans avec une autre [personne, l'Official doit alors, en faisant droit sur l'opposition, faire défenses de passer outre au mariage.

Lorsque ce ne sont que des fiançailles qui font le sujet de l'opposition, si l'opposant en fait la preuve, l'Official les déclare bonnes et valables, et il exhorte l'autre partie à les accomplir ; si elle persiste en son refus, après lui avoir imposé

[ARTICLE 57.]

une pénitence, il prononce la dissolution des fiançailles, et en conséquence fait main-levée de l'opposition. Lorsque l'opposition n'est pas trouvée fondée, l'Official en prononce la main-levée ; mais il ne peut statuer sur les dommages-intérêts ; il y aurait lieu à l'appel comme d'abus, s'il le faisait.

[84.] Toutes les autres oppositions qui ne concernent pas le lien, telles que celles qui sont faites par le père, la mère ou le tuteur de l'une des parties, sont entièrement de la compétence du Juge séculier : il y aurait lieu à l'appel comme d'abus, si le Juge d'Eglise s'ingérait d'en connaître.

[349.] Le concile de Trente ne pût être reçu en France malgré les efforts que firent la Cour de Rome et le clergé pour l'y faire recevoir. Tous les catholiques reconnaissent et ont toujours depuis reconnu, que les décisions de ce concile sur le dogme, sont la loi de l'Eglise ; mais l'atteinte qu'il donne dans ses décrets de discipline aux droits de la puissance séculière, et à nos maximes sur un très grand nombre de points, fut et sera toujours un obstacle insurmontable à sa réception dans ce Royaume. On peut en voir la liste dans une dissertation sur la réception et l'autorité du Concile de Trente en France, qui est à la fin de l'excellent ouvrage de M. Rassicod, qui a pour titre, *Notes sur le Concile de Trente* et qui a été imprimé à Cologne en 1706.

Le décret du concile ne pouvant pas remédier aux abus des mariages clandestins en France, où ce Concile n'était pas reçu, et où ses décrets ne pouvaient par conséquent avoir aucune autorité, le Roi Henri III jugea à propos d'y remédier lui-même, ayant dans lui-même autant de pouvoir pour cet effet, qu'en avait le Concile, comme nous l'avons établi dans la première partie de ce Traité. C'est ce qu'il fit par son Ordonnance rendue aux Etats de Blois, art. 40, où il est dit : " Avons ordonné que nos sujets ne pourront *valablement* contracter mariage sans proclamations précédentes ; " ... après lesquels bans, seront épousés publiquement ; et

[ARTICLE 57.]

“ pour témoigner de la forme, y assisteront quatre témoins dignes de foi, dont sera fait registre, etc. ” Et par l'article 44, il est défendu à tous notaires, sous peine de punition corporelle, de recevoir aucunes promesses de mariage par paroles de présent.

Par l'Edit d'Henri IV du mois de Décembre 1606, le Roi veut que les causes concernant les mariages, appartiennent à la connaissance des Juges d'Eglise, à *la charge* qu'ils seront tenus de garder les Ordonnances, même celle de Blois en l'article 40 ; et suivant icelles déclarer les mariages qui n'auront pas été faits et célébrés en l'Eglise, et avec la forme et solennité requises par le dit article, nuls et non valablement contractés, comme peine indite par les conciles. [Voyez les conciles de Tours, tit. 9, *de matrimonio* ; de Reims, d. tit. art. 2 ; de Bordeaux, d. tit. Ces trois Conciles ont été tenus en 1583.]

La déclaration du Roi Louis XIII de 1639, article premier, ordonne que l'article 40 de l'Ordonnance de Blois soit exactement gardé ; et en l'interprétant qu'à la célébration d'icelui assisteront quatre témoins avec le Curé, qui recevra le consentement des parties, et les coujoindra en mariage, suivant la forme pratiquée en l'Eglise. Fait défenses à tous Prêtres de célébrer aucuns mariages qu'entre leurs paroisiens, sans la permission par écrit du curé ou de l'Evêque.

L'Edit de 1697 confirme les ordonnances concernant la célébration des mariages, et notamment celles qui regardent la nécessité de la présence du propre Curé. “ *Voulons* (y est-il dit) que les Ordonnances des Rois, nos prédécesseurs, concernant la célébration des mariages, et notamment celles regardant *la nécessité* de la présence du propre Curé de ceux qui contractent, soient exactement observées.”

* C. N., 63. } Avant la célébration du mariage, l'Officier
 } de l'Etat Civil fera deux publications, à huit
 jours d'intervalle, un jour de dimanche, devant la porte de

[ARTICLE 58.]

la maison commune. Ces publications et l'acte qui en sera dressé, énonceront les prénoms, noms, professions et domiciles des futurs époux, leur qualité de majeurs ou de mineurs, et les prénoms, noms, professions et domiciles de leurs pères et mères. Cet acte énoncera, en outre, les jours, lieux et heures où les publications auront été faites; il sera inscrit sur un seul registre, qui sera coté et paraphé comme il est dit en l'article 41, et déposé, à la fin de chaque année au greffe du tribunal de l'arrondissement.

58. Ce certificat, qui est signé par celui qui a fait les publications, contient, ainsi que les publications elles-mêmes, les prénoms, noms, profession et domicile des futurs époux, leur qualité de majeurs ou de mineurs, les prénoms, noms, profession et domicile de leurs pères et mères, ou le nom de l'époux décédé. Et dans l'acte de mariage il est fait mention de ce certificat.

58. This certificate, which is signed by the person who published the bans, mentions, as do also the bans themselves, the names, surnames, qualities or occupations and domiciles of the parties to be married, and whether they are of age or minors; the names, surnames, occupations and domiciles of their fathers and mothers, or the name of the former husband or wife. And mention is made of this certificate in the act of marriage.

* *Pothier, mariage,* } Cité sous l'art. 57.
no. 66 et suiv. }

Ord. de Blois, } Pour obvier aux abus et inconvénients
(Mai 1579,) art. 40. } qui adviennent des mariages clandestins
 avons ordonné et ordonnons que nos sujets de quelque estat,

[ARTICLE 58.]

qualité et condition qu'ils soient, ne pourront valablement contracter mariage, sans proclamations précédentes de bans faites par trois divers jours de festes, avec intervalle compétent, dont on ne pourra obtenir dispense, sinon après la première proclamation faite : et ce seulement pour quelque urgente ou légitime cause et à la réquisition des principaux et plus proches parents communs des parties contractantes, après lesquels bans seront épousées publiquement : et pour pouvoir témoigner de la forme qui aura été observée esdits mariages, y assisteront quatre personnes dignes de foy, pour le moins, dont sera fait registre ; le tout sur les peines portées par les conciles : enjoignons aux curés, vicaires ou autres de s'enquérir soigneusement de la qualité de ceux qui voudront se marier ; et s'ils sont enfans de famille, ou estant en la puissance d'autrui, nous leur défendons étroitement de passer outre à la célébration des dits mariages, s'il ne leur apparait du consentement des pères, mères, tuteurs ou curateurs, sur peine d'estre punis comme auteurs du crime de rapt.

* 2 *Pand. franc.*, } [63.] Cette coutume de la France est devenue pp. 320-1. } nue une règle générale de l'Eglise, en vertu de l'Ordonnance que le même Pape Innocent III fit dans les conciles de Latran, pour la rendre universelle.

Les motifs de ces publications étaient d'empêcher les mariages clandestins ; et de connaître les obstacles qui pouvaient s'opposer au mariage de ceux dont on publiait les bans.

Le concile de Trente avait renouvelé le canon du concile de Latran ; et l'Ordonnance de Blois lui avait imprimé force de loi en France.

Les bans, suivant cette loi, devaient aussi contenir les noms, surnoms, qualités et demeures des parties ; et les noms et qualités de leurs pères et mères de sorte qu'il fût facile de reconnaître ceux entre lesquels le mariage était projeté.

[ARTICLE 59.]

Cette publication devait être faite en langue vulgaire, c'est-à-dire, en français.

La loi du 20 Septembre 1792, a conservé toutes ces règles, que le code civil ne fait que renouveler. La publication devait se faire par le curé de la paroisse, ou par son vicaire, ou un prêtre par lui commis. Il était, à cet égard, officier civil, délégué par la puissance temporelle. Il n'y avait, en conséquence, que lui qui pût remplir cette fonction.

C. N., 63, 166. { [63.] Cité sous l'art. 57.
[166.] Les deux publications ordonnées par l'article 63, au titre *des Actes de l'Etat civil*, seront faites à la municipalité du lieu où chacune des parties contractante aura son domicile.

59. Il peut cependant être procédé au mariage sans ce certificat, si les parties ont obtenu des autorités compétentes, et produisent une dispense ou licence, permettant l'omission des publications de bans.	59. The marriage ceremony may however be performed without this certificate, if the parties have obtained and produce a dispensation or licence, from a competent authority, authorizing the omission of the publication of bans.
--	--

* *Pothier, mariage. Nos. 69, 77, 78, 79, 80.* { Cités sous l'art. 57.

* *Ord. de Blois, art. 40.* { Cités sous l'art. 58.

S. R. B. C., { Dans les entrées de mariage, dans les registres susdits, il sera fait mention en lettres, des jours, mois et an de la célébration, des noms, de la qualité ou

[ARTICLE 60.]

occupation et demeure des contractants, s'ils sont majeurs ou mineurs, s'ils ont été mariés après publication de bans ou avec dispense ou licence, et si c'est avec le consentement de leurs pères et mères, tuteurs ou curateurs, s'il en ont dans le pays, aussi le nom de deux ou plusieurs personnes qui on assisté au mariage, et qui déclareront, s'ils sont parents du mari ou de la femme, ou d'aucun d'eux, de quel côté et en quel degré ils le sont.

* C. N., 63. } Cité sous l'art. 57.

60. Si le mariage n'est pas célébré dans l'année à compter de la dernière des publications requises, elles ne suffisent plus et doivent être faites de nouveau.	60. If the marriage be not solemnized within one year from the last of the publications required, they are no longer sufficient and must be renewed.
---	--

* 3 *Nouv. Denizart, Vbo. Bans* } La publication des bans
de mariage, §. 5, al. 5, p. 111. } ayant pour objet de connaître si, au temps de la célébration, il n'existe pas quelque empêchement au mariage, il est sensible que le but de cette publication serait manqué, si l'on laissait s'écouler un intervalle considérable entre la publication des bans et la célébration du mariage. Il faut, en pareil cas, réitérer la publication ; mais nos lois n'ont rien prononcé sur le laps de temps qui rendrait cette réitération nécessaire ; il n'y a que les rituels des différens diocèses qui se soient expliqués sur ce sujet. Le rituel de Paris veut une nouvelle publication après six mois ; le rituel de Séz, après quatre mois ; le rituel de Boulogne, après trois mois, &c.

[ARTICLE 60.]

* *C. N.*, 65. } Si le mariage n'a pas été célébré dans l'année
à compter de l'expiration du délai des publi-
cations, il ne pourra plus être célébré qu'après que de nou-
velles publications auront été faites dans la forme ci-dessus
prescrite.

* 2 *Pand. franc.* p. 323. } Cet article érige en loi un ancien
usage. On exigeait de nouvelles pu-
blications de bans, quand les parties avaient été longtemps
sans contracter le mariage. Ce temps n'était pas partout le
même. Il variait suivant les diocèses. L'année était le
temps observé le plus communément. C'est celui que la loi
adopte.

Il peut, en effet, pendant cet espace, être survenu de nou-
veaux empêchements qui n'existaient pas, ou n'étaient pas
connus lors des premières publications.

* 2 *Merlin, Rep.*, p. 442, *Vbo.* } Il faut qu'il y ait quelque inter-
Bans de Mariage, §. IV. } valle entre la dernière proclama-
tion et le mariage, afin que toutes les personnes qui pour-
raient avoir connaissance de quelque empêchement, puis-
sent être instruites de la promesse de mariage, et qu'elles
aient le temps de faire leur déclaration. Cet intervalle est
régulé différemment par les statuts synodaux et par l'usage des
différents diocèses. Il y a des églises dans lesquelles on doit
réitérer les publications des bans, quand le mariage n'a point
été célébré dans les quatre mois, après les premières proclama-
tions.

[Suivant l'art. 64 du code civil, le mariage ne peut être cé-
lébré avant le troisième jour, depuis et non compris celui de
la seconde publication ; et l'art. 65 ajoute que, si le mariage
n'a pas été célébré dans l'année, à compter de l'expiration du
délai des publications, il ne pourra plus être célébré qu'après
que de nouvelles publications auront été faites dans la forme
prescrite par l'art. 63.]

[ARTICLE 61.]

* 2 *Guyot, Rep., Vo. bans.,* } Quant à l'intervalle qui doit
 p. 175 } avoir lieu entre les publications, il
 est réglé différemment par les statuts synodaux, et par l'usage
 des différents diocèses. Il y a des églises dans lesquelles on
 doit réitérer les publications de bans quand le mariage n'a
 point été célébré dans les quatre mois, après les premières pu-
 blications.

* 1 *Toullier,* } Si le mariage n'a pas été célébré dans l'an-
 No. 567. } née, à compter de l'expiration du délai des
 publications, il ne peut être célébré qu'après de nouvelles pu-
 blications renouvelées dans la même forme.

61. Au cas d'opposition, main-levée en doit être obtenue et signifiée au fonctionnaire chargé de la célébration du mariage.	61. In the case of an op- position, the disallowance thereof must be obtained and be notified to the offi- cer charged with the so- lemnization of the mar- riage.
---	--

Pothier, mariage, No. 82. } Cité sous l'art. 57.

* 12 *Guyot, Rep., Vbo. opposition à* } C'est un empêchement
 un mariage, p. 438, alin. 1 et 2. } que quelqu'un forme à la
 publication des bans et à la célébration d'un mariage projeté
 entre deux autres personnes. Cette opposition empêche le curé
 de passer outre, jusqu'à ce que on lui apporte main-levée.

Les curés ou vicaires sont obligés d'avoir des registres pour
 y transcrire ces sortes d'oppositions, et les désistements et les
 mains-levées qui en sont donnés par les parties, ou ordonnés
 en justice.

[ARTICLE 62.]

62. Si, cependant cette opposition est fondée sur une simple promesse de mariage, elle est sans effet, et il est procédé au mariage de même que si elle n'eût pas été faite.	62. If, however, the opposition be founded on a simple promise of marriage, it is of no effect, and the marriage is proceeded with as if no such opposition had been made.
---	---

* *S. R. B. C.*, } Nulle opposition à la célébration d'un
 c. 34, s. 4. } mariage, fondée sur une promesse de mariage que l'on prétend avoir été faite à un tiers par une des parties sur le point de se marier, ne sera maintenue ou reçue dans le Bas-Canada ; et la célébration d'un mariage ne sera ni retardée ni empêchée par aucune opposition fondée sur l'allégation de telle promesse de mariage ; mais le prêtre ou ministre, à qui elle est présentée ou offerte, devra refuser de la recevoir, et agira à tous égards, de même que si elle ne lui eût été ni présentée ni offerte. (12 V., c. 53, s. 1.)

63. Le mariage est célébré au lieu du domicile de l'un des époux. S'il est célébré ailleurs, le fonctionnaire qui en est chargé est tenu de vérifier et constater l'identité des parties.	63. The marriage is solemnized at the place of the domicile of one or other of the parties. If solemnized elsewhere, the person officiating is obliged to verify and ascertain the identity of the parties.
--	--

Le domicile, quant au mariage, s'établit par six mois d'habitation continue dans le même lieu.	For the purposes of marriage, domicile is established by a residence of six months in the same place.
---	--

* *Fenet-Pothier*, } Il devait être célébré dans l'endroit où
 p. 18. } l'un d'eux avait six mois de résidence au moins, si le domicile précédent était dans le même diocèse, ou bien un an s'il se trouvait dans un autre. (*Cont. de mar.*, n. 356.)

[ARTICLES 63 et 64.]

* *Pothier, mariage.* } Lorsqu'une personne a transféré sa
 N. 356. } demeure d'un lieu dans un autre,
 pour que le Curé du lieu de sa demeure actuelle, soit
 compétent pour la marier, il faut qu'il y ait au moins
 six mois qu'elle y soit demeurante, lorsqu'elle sort d'une pa-
 roisse du même diocèse; ou un an entier, lorsqu'elle sort
 d'un autre diocèse; sans cela, son curé actuel ne peut la
 marier sans un certificat de publication de bans du Curé de
 la paroisse d'où elle est sortie. C'est ce qui est porté par
 l'édit du mois de Mars 1697, où il est dit : " Défendons à tous
 " curés de conjoindre en mariage autres personnes que ceux
 " qui sont leurs vrais paroissiens, demeurant actuellement
 " et publiquement dans leurs paroisses, au moins depuis six
 " mois à l'égard de ceux qui demeureraient auparavant dans
 " une autre paroisse de la même ville ou du même diocèse;
 " ou depuis un an, pour ceux qui demeureraient dans un au-
 " tre diocèse. "

* *C. N., 74.* } Le mariage sera célébré dans la commune
 } où l'un des deux époux aura son domicile. Ce do-
 micile, quant au mariage, s'établira par six mois d'habitation
 continue dans la même commune.

64. L'acte du mariage est signé par celui qui l'a célébré, par les époux, et par au moins deux té- moins, parents ou non, qui y ont assisté; quant à ceux qui ne peuvent si- gner, il en est fait men- tion.	64. The act is signed by the officer who solemnizes the marriage, by the par- ties, and by at least two witnesses, related or not, who have been present at the ceremony; and if any of them cannot sign, their declaration to that effect is noted.
--	---

[ARTICLES 64 et 65.]

*S. R. B. C., } § 1—Cité sous l'art. 59, p.—
 c. 20, s. 6. } § 2.—Ces entrées seront signées sur les deux
 registres tant par celui qui aura fait le mariage, que par les
 contractants, et par les deux personnes susdites, au moins ;—
 et à l'égard de ceux qui ne savent signer, il en sera fait
 mention aux dites entrées. (35 G. 3, c. 4, s. 4.)

65. L'on énonce dans
 cet acte :

1. Le jour de la célébra-
 tion du mariage ;

2. Les noms et prénoms,
 profession et domicile des
 époux, les noms du père et
 de la mère, ou de l'époux
 précédent ;

3. Si les parties sont ma-
 jeures ou mineures ;

4. Si elles sont mariées
 après publication de bans
 ou avec dispense ou licen-
 ce ;

5. Si c'est avec le consen-
 tement de leurs père et
 mère, tuteur ou curateur,
 ou sur avis du conseil de
 famille, dans les cas où ils
 sont requis ;

65. In this act are set
 forth :

1. The day on which the
 marriage was solemnized ;

2. The names, surnames,
 quality or occupation and
 domicile of the parties
 married, the names of the
 father and mother of each,
 or the name of the former
 husband or wife ;

3. Whether the parties
 are of age, or minors ;

4. Whether they were
 married after publication
 of bans, or with a dispen-
 sation or license ;

5. Whether it was with
 the consent of their father,
 mother, tutor or curator,
 or with the advice of a fa-
 mily council, when such
 consent or advice is requi-
 red ;

[ARTICLE 65.]

- | | |
|--|--|
| <p>6. Les noms des témoins, et, s'ils sont parents ou alliés des parties, de quel côté et à quel degré;</p> <p>7. Qu'il n'y a pas eu d'opposition, ou que mainlevée en a été accordée.</p> | <p>6. The names of the witnesses, and whether they are related or allied to the parties, and if so, on which side, and in what degree;</p> <p>7. That there has been no opposition, or that any opposition made has been disallowed.</p> |
|--|--|

* *Poihier, Ma-* } Le Curé ou autre Prêtre qui célèbre un
riage, no. 375. } mariage, doit, après qu'il l'a célébré, inscrire sur le champ l'acte de célébration sur ce double registres. Cet acte doit contenir les noms, surnoms, âges, demeures, et qualités des parties contractantes, et il doit faire mention s'ils sont enfans de famille, ou sous puissance de tuteurs, ou en leurs droits.

Il doit aussi faire mention des témoins en présence desquels il a été célébré, qui doivent être au moins quatre qui sachent signer, qui aient les qualités requises pour être témoins dans les actes publics, c'est-à-dire, qui soient mâles, âgés de vingt ans au moins, domiciliés, jouissant de l'état civil, et non notés d'infamie. Il doit aussi déclarer s'ils sont parents des parties contractantes, et à quel degré.

Enfin, il doit faire signer l'acte par les parties contractantes, ou faire mention qu'elles ne savent pas signer. Il doit aussi le faire signer par les témoins, et le signer lui-même.

* *S. R. B. C., c. 20, s. 6.* } §. 1. Cité sous l'art. 54.
 § 1 & 2. } §. 2. Cité sous l'art. 64.

* *C. N., 76.* } On énoncera, dans l'acte de mariage : 1o. les
 } prénoms, noms, professions, âge, lieux de naissance et domiciles des époux ; 2o. s'ils sont majeurs ou mi-

[ARTICLE 66.]

neurs ; 3o. les prénoms, noms, professions et domiciles des pères et mères ; 4o. le consentement des pères et mères, aïeuls et aïeules, et celui de la famille, dans les cas où il sont requis ; 5o. les actes respectueux, s'il en a été fait ; 6o. les publications dans les divers domiciles ; 7o. les oppositions, s'il y en a eu, leur main-levée, ou la mention qu'il n'y a point eu d'opposition ; 8o. la déclaration des contractans de se prendre pour époux, et le prononcé de leur union par l'officier public ; 9o. les prénoms, noms, âge, professions et domiciles des témoins, et leur déclaration s'ils sont parens ou alliés des parties, de quel côté et à quel degré.

CHAPITRE QUATRIÈME.
DES ACTES DE SÉPULTURE.

66. Aucune inhumation ne doit être faite que vingt quatre heures après le décès ; et quiconque prend sciemment part à celle qui se fait avant ce temps, hors les cas prévus par les réglemens de police, est passible d'une amende de vingt piastres.

CHAPTER FOURTH.
OF ACTS OF BURIAL.

66. No burial can take place before the expiration of twenty-four hours after the decease ; and whoever knowingly takes part in any burial before the expiration of such time, except in cases provided for by police regulations, is subject to a penalty of twenty dollars.

S. R. B. C., } [1.] Nulle personne décédée ne sera inhumée avant l'expiration de vingt-quatre heures au moins, à compter de son décès, à peine d'une amende de vingt piastres contre quiconque intervient, assiste ou prend part en aucune manière, ou se trouve, avec connaissance de cause, présent à cette inhumation :

[§. 2.] Mais rien dans la présente section ne sera censé s'appliquer aux réglemens faits à cet égard par un bureau de

[ARTICLE 67.]

santé, conformément au chapitre trente-huit des Statuts Refondus du Canada. (16 Vict. c. 174, s. 3.)

C. N., 77. } Aucune inhumation ne sera faite sans une autorisation, sur papier libre et sans frais, de l'officier de l'Etat civil, qui ne pourra la délivrer qu'après s'être transporté auprès de la personne décédée, pour s'assurer du décès, et que vingt-quatre heures après le décès, hors les cas prévus par les règlements de police.

67. L'acte de sépulture fait mention du jour ou elle a lieu, de celui du décès, s'il est connu, des noms, qualité ou occupation du défunt, et il est signé par celui qui a fait la sépulture et par deux des plus proches parents ou amis qui y ont assisté, s'ils peuvent signer ; au cas contraire, il en est fait déclaration.	67. The act of burial mentions the day of the burial, and that of the death, if known ; the names, surnames, and quality or occupation of the deceased ; and it is signed by the person performing the burial service, and by two of the nearest relations or friends there present ; if they cannot sign, mention is made thereof.
--	--

S. R. B. C., } Dans les entrées de sépulture sur les susdits
c. 20, s. 7. } registres, il sera fait mention, en lettres, des jour, mois et an de la sépulture, et du jour du décès, s'il est connu, du nom et de la qualité ou occupation de la personne décédée ; et les dites entrées seront signées tant par le prêtre ou ministre qui a fait la sépulture, que par deux des plus proches parents ou amis alors présents : à l'égard de ceux qui ne savent signer, il en sera fait mention aux dites entrées. (35 G. 3, c. 4, s. 5.)

* *Ord. 1667, tit. XX, art. X.* } Cité sous l'art 55.

[ARTICLE 67.]

* *Déclr.* 1736, *art.* X. } Dans les actes de sépulture, il sera fait mention du jour du décès, du nom et qualité de la personne décédée, ce qui sera observé, même à l'égard des enfants de quelque âge que ce soit, et l'acte sera signé sur les deux registres, tant par celui qui aura fait la sépulture, que par deux des plus proches parens ou amis qui y auront assisté, s'il y en a qui sachent ou qui puissent signer, sinon il sera fait mention de la déclaration qu'ils en feront.

* 2 *Pand. franc., sur l'art.* } [105.] Cet article ne contient rien
79 *du C. N., p.* 382-3. } de plus que les loix précédentes, si ce n'est l'énonciation de l'âge des temoins.

Rien ne serait plus utile pour faciliter l'établissement des filiations et des généalogies, que de rappeler, dans les actet de décès, ainsi que le désire cet article, les noms des père et mère du décédé, et le lieu de sa naissance. On ne peut trop engager ceux qui président aux funérailles, à prendre, sur ces objet, les renseignements nécessaires. Mais nous devons avertir, en même temps, qu'il faut bien prendre garde aux erreurs, car elles augmenteraient les difficultés. Il vaut mieux, sur ce point, garder le silence que de faire des énonciations fautives.

[106.] Il suit de là, que ces énonciations, contenues dans un acte mortuaire, ne doivent jamais être adoptées comme preuves ; mais seulement comme renseignements, qui auront plus ou moins d'importance, suivant les personnes de qui elles émaneront. Si elles sont faites par un proche parent, comme un fils, un frère, un oncle, elles auront un degré vraisemblable de certitude, parceque ces personnes doivent naturellement avoir une assez grande connaissance des membres de leur famille. Mais si elles sont faites par un étranger, leur influence sera bien moins grande, parce qu'ils ne peuvent avoir ces connaissances, que par des rapports qui peu-

[ARTICLE 68.]

vent être inexacts, ou sur lesquels eux-mêmes ont pu se tromper. Ces énonciations ne seront jamais d'un poids décisif, que quand elles se trouveront d'accord avec les autres actes de filiation, comme les actes de naissance, et de mariage.

* *C. N.*, 79. } L'acte de décès contiendra les prénoms, nom, âge, profession et domicile de la personne décédée ; les prénoms et nom de l'autre époux, si la personne décédée était mariée ou veuve ; les prénoms, noms-âge, professions et domiciles des déclarants, et s'ils sont parents, leur degré de parenté.

Le même acte contiendra de plus, autant qu'on pourra le savoir, les prénoms, noms, profession et domicile des père et mère du décédé, et le lieu de sa naissance.

68. Les dispositions des deux articles précédents sont applicables aux communautés religieuses et aux hopitaux où il est permis de faire des inhumations.	68. The provisions of the two preceding articles apply to religious communities and hospitals where burials are permitted.
---	--

* *Ord.* 1667, *tit.* XX, } Cité sous l'art. 53.
 art. XIII. }

* *S. R. B. C.*, } Le présent acte s'applique à toutes les com-
 c. 20, *s.* 11. } munautés religieuses et Hôpitaux qui peu-
 vent faire des inhumations, et tous prêtres ou ministres des-
 servant tels communautés et hôpitaux seront soumis aux
 obligations et amendes imposées par le présent, (35 G. 3, c. 4,
 s. 8)

[ARTICLE 69.]

* *C. N.*, 80. } En cas de décès dans les hôpitaux militaires, civils ou autres maisons publiques, les supérieurs, directeurs, administrateurs et maîtres de ces maisons, seront tenus d'en donner avis, dans les vingt-quatre heures, à l'officier de l'état civil, qui s'y transportera pour s'assurer du décès, et en dressera l'acte conformément à l'article précédent, sur les déclarations qui lui auront été faites, et sur les renseignements qu'il aura pris.

Il sera tenu, en outre, dans les dits hôpitaux et maisons, des registres destinés à inscrire ces déclarations et ces renseignements.

L'officier de l'état civil enverra l'acte de décès à celui du dernier domicile de la personne décédée, qui l'inscrira sur les registres.

69. Lorsqu'il y a des signes ou indices de mort violente, ou d'autres circonstances qui donnent lieu de la soupçonner, ou bien lorsque le décès arrive dans une prison, asile ou maison de détention forcée, autres que les asiles pour les insensés, l'on ne peut faire l'inhumation sans y être autorisé par le Coroner ou autre officier chargé, dans ces cas, de faire l'inspection du cadavre.	69. When there is any sign or indication of death having been caused by violence, or when there are other circumstances which give reason to suspect it, or when the death happens in any prison, asylum, or place of forcible confinement other than lunatic asylums, the burial cannot be proceeded with until it is authorized by the coroner or other officer whose duty it is to inspect the body in such cases.
--	--

[ARTICLE 69.]

* *Déclar. 5 Sept. 1712.*) A ces causes, etc., voulons et nous plait
) que, lorsqu'il se trouvera dans notre bonne
 ville et faubourgs de Paris et dans les lieux circonvoisins
 des cadavres de personnes que l'on soupçonnera n'être pas
 mortes de mort naturelle, soit dans les maisons, dans les
 rues et autres lieux publics ou particuliers, soit dans les filets
 des ponts, vannes des moulins et sous les bateaux qui sont
 sur la rivière ; les propriétaires des maisons, s'ils y demeurent,
 sinon les principaux locataires, les aubergistes, les voisins,
 les maîtres des ponts, les meûniers, bateliers, et généralement
 tous ceux qui auront connaissance des dits cadavres, soient
 tenus d'en donner avis aussitôt ; savoir, dans notre ville et
 faubourgs de Paris, au commissaire du quartier, et dans les
 lieux circonvoisins aux juges qui en doivent connaître, aux
 quels juges et commissaires nous enjoignons de se transporter
 diligemment sur le lieu, de dresser procès-verbal de l'état auquel
 le corps aura été trouvé, de lui appliquer le scel sur le front,
 et le faire visiter par chirurgiens en leur présence, d'informer
 et d'entendre sur-le-champ ceux qui seront en état de déposer
 de la cause de la mort, du lieu et des vie et mœurs du défunt,
 et de tout ce qui pourra contribuer à la connaissance du fait,
 dont les commissaires en notre chatelet de Paris feront rapport
 au lieutenant-criminel, pour y être par lui ponrvu, ainsi que
 par les autres juges des lieux à qui la connaissance en
 appartiendra, en conformité de nos ordonnances, et suivant
 la forme prescrite par notre ordonnance du mois d'août 1670
 au titre XXII.

Faisons défenses à toutes personnes de faire inhumer les
 dits cadavres avant que les dits officiers aient été avertis, que
 la visite en ait été faite et l'inhumation ordonnée par les juges,
 à peine d'amende contre les contrevenants à la présente
 déclaration, même de punition corporelle, comme fauteurs et
 complices d'homicides, s'il y échoit ; défendons aux dits juges
 de retarder l'inhumation, après l'exécution de ce qui est ci-

[ARTICLE 69.]

dessus ordonné, sous prétexte de vacations par eux prétendues à peine d'interdiction. Si, donnons, etc.

* *Déclar. 1736, art. 12.* } Les corps de ceux qui auront été trouvés morts avec des signes ou indices de mort violente, ou autres circonstances qui donnent lieu de le soupçonner, ne pourront être inhumés qu'en conséquence d'une ordonnance du Lieutenant-Criminel, ou autre premier Officier au Criminel rendue sur les conclusions de nos Procureurs ou de ceux des Hauts-Justiciers, après avoir fait les procédures, et pris les instructions qu'il appartiendra à ce sujet ; et toutes les circonstances ou observations qui pourront servir à indiquer ou à désigner l'état de ceux qui seront ainsi décédés, et de celui où leurs corps morts auront été trouvés, seront insérés dans les procès-verbaux 'qui en seront dressés, desquels procès-verbaux, ensemble de l'ordonnance dont ils auront été suivis, la minute sera déposée au Greffe, et la dite ordonnance sera datée dans l'acte de sépulture, qui sera écrit sur les deux registres de la paroisse, ainsi qu'il est prescrit ci-dessus, à l'effet d'y avoir recours quand besoin sera.

*1 *Jousse, Justice civile,* } Les hauts-justiciers donnent la per-
 p. 215. } mission d'inhumer les cadavres trou-
 vés dans les rues, et autres endroits de leur juridiction.
 (Déclaration du 21 Avril 1736, art. 12 et 13)

* 1 *Russel, on Crimes,* } There is one case in which the too
 p. 468. } speedy interment of a dead body may
 be an indictable offence : namely, where it is the body of a person who has died of a violent death. In such case, by Holt, C. J., the coroner need not go *ex officio* to take the inquest, but ought to be sent for, and that when the body is fresh ; and to bury the body before he is sent for, or without sending for him, is a misdemeanor. It is also laid down

[ARTICLE 69.]

that if a dead body in prison or other place, whereupon an inquest ought to be taken, be interred or suffered to lie so long that it putrefy before the coroner has viewed it, the gaoler or township shall be amerced.

*1 *Blackstone*, } The office and power of a coroner &c.;... and
 p. 347. } consists, first, in enquiring, when any person is slain, or dies suddenly, or in prison, concerning the manner of his death and this must be “ *super visum corporis* ;” for, if the body be not found, the coroner cannot sit. He must also sit at the very place where the death happened :.....

34 *Geo. III*, ch. 6, s. 26, p. 110 } Et comme la grande étendue des Actes et Ordonnances. } due de cette Province peut souvent rendre impossible au coronaire du district d'être présent dans les différens endroits où sa présence serait nécessaire : Qu'il soit de plus statué, &c., que les capitaines ou le plus ancien officier de milice seront et sont par ces présentes autorisés dans leurs paroisses respectives, lorsqu'il paraîtra quelques marques de violence sur quelques corps morts, d'ordonner une assemblée de six notables domiciliés de leur paroisse pour en faire la visite, et donneront sur leur avis leur rapport par écrit de la cause de telle mort, au plus proche juge à paix, afin qu'il en soit fait plus ample information, s'il est nécessaire.

* 4 et 5 *Victoria*, c. 24, s. 4, } Dans toute enquête conduite
 S. R. C., ch. 102, s. 62. } par lui (le coronaire), à la suite de laquelle une personne est accusée d'homicide sans préméditation ou de meurtre, ou comme complice de meurtre avant le fait, le coronaire mettra par écrit en présence de la partie accusée, si elle est arrêtée, les preuves données au jury en sa présence, ou telle partie d'icelles qui est essentielle, donnant à l'accusé pleine liberté de faire ses transquestions ; et il aura plein pouvoir d'obliger, par un cautionne-

[ARTICLE 70.]

ment, quiconque connaît ou déclare quelque chose d'important au sujet de tel homicide ou meurtre, ou de complicité de meurtre, à comparaître à la prochaine Cour d'*Oyer et Terminer*, ou *Goal Delivery*, ou à toute autre Cour où doit se faire le procès, pour y poursuivre alors ou rendre témoignage contre la partie accusée ; et tout tel coronaire certifiera et souscrira les dits témoignages, et tout cautionnement ou enquête conduite par lui, et les remettra au procureur de comté, où à l'officier préposé de la cour où doit se faire le procès, et cela, au temps et en la manière spécifiés dans la 39e. section de cet acte. (4, 5 V., c. 24, s. 4.)

* C. N., 81. } Lorsqu'il y aura des signes ou indices de mort violente, ou d'autres circonstances qui donneront lieu de le soupçonner, on ne pourra faire l'inhumation qu'après qu'un officier de police, assisté d'un docteur en médecine ou en chirurgie, aura dressé procès-verbal de l'état du cadavre, et des circonstances y relatives, ainsi que des renseignements qu'il aura pu recueillir sur les prénoms, nom, âge, profession, lieu de naissance et domicile de la personne décédée.

CHAPITRE CINQUIEME.

DES ACTES DE PROFESSION RELIGIEUSE.

70. Dans toute communauté religieuse où il est permis de faire profession par vœux solennels et perpétuels, il est tenu deux registres de même teneur pour y insérer les actes constatant l'émission de tels vœux.

CHAPTER FIFTH.

OF ACTS OF RELIGIOUS PROFESSION.

70. In every religious community in which profession may be made by solemn and perpetual vows, two registers of the same tenor are kept, in which are inscribed the acts establishing the taking of such vows.

[ARTICLE 70.]

* *Ord. 1667, tit. 20, art. 15.* } Sera tenu Registre des Tonsures, des ordres mineurs et sacrés, Vêtures, Noviciats, et Profession de vœux, savoir aux Archevêchés et Evêchés pour les Tonsures, Ordres mineurs et sacrés; et aux communautés régulières pour les Vêtures, Noviciats et Professions, lesquels registres seront en bonne forme, reliés, et les feuillets paraphés par premier et dernier par l'Archevêque ou Evêque ou par le Supérieur ou la Supérieure des maisons religieuses, chacun à son égard; et seront approuvés par un acte capitulaire inséré au commencement du Registre.

* *Décln. 1736, art. 25, cité par Serpillon, p. 332.* } Dans les maisons religieuses, il y aura deux registres en papier commun pour inscrire les actes de Vêture, noviciat et Profession, lesquels registres seront cottés par premier et dernier, et paraphés sur chaque feuillet par le Supérieur ou la Supérieure, à quoi faire ils seront autorisés par un acte capitulaire, qui sera inséré au commencement de chacun des dits registres.

Id., art. 32, cité par Serpillon, p. 334. } Seront tenus aux Archevêchés et Evêchés des registres pour les Tonsures, Ordres mineurs et sacrés, lesquels seront cotés par premier et dernier, et paraphés sur chaque feuillet par l'Archevêque ou Evêque.

* *Esprit des Ordonnances, 1, Sallé p. 234-5.* } La déclaration de 1736 a distingué les Registres destinés aux actes de collation des tonsures, ordres mineurs et sacrés, d'avec ceux où doivent s'inscrire les actes de Vêtures, Noviciats et Professions, que l'ordonnance a confondus les uns avec les autres.

Quant aux premiers, la déclaration se contente, de même que l'ordonnance, qu'il soit tenu aux Archevêchés et Evêchés des registres pour les tonsures, Ordres mineurs et sacrés

[ARTICLE 71.]

dont les feuillets soient cottés par premier et dernier et paraphés par l'Archevêque ou Evêque.

Mais la Déclaration a porté plus loin son attention pour les actes de Vêtures, Noviciats et Professions, dont l'objet, étant de retrancher de la société civile un citoyen, méritait par cela même un redoublement de soins, pour empêcher le dépérissement d'actes aussi essentiels au repos des familles. C'est pourquoi la nouvelle loi ne s'en tient point à cet égard aux registres qui se conservent dans les communautés religieuses, et qu'elles seraient maîtresse de supprimer et de faire disparaître, quand bon leur semblerait; elle exige qu'il soit tenu deux doubles de ces Registres, tous deux également originaux, tous deux également signés des parties, et que, six semaines après l'expiration des années pendant lesquelles ces Registres doivent servir à l'inscription des actes de Vêtures, Noviciats et Professions, l'apport d'un des doubles soit fait au Greffe du Bailliage ou Sénéchaussée, de même que pour les registres de baptêmes, mariages et sépultures.

71. [Ces registres sont cotés et paraphés comme les autres registres de l'état civil, et les actes y sont inscrits en la manière exprimée en l'article 46.]

71. [These registers are numbered and initialed like the other registers of civil status, and the acts are inscribed therein in the manner prescribed in article 46.]

* *Décln*, 1667, tit. 20, art. 16,) Chacun acte de Vêture, No-
cité par *Serpillon*, p. 342. } viciat et Profession sera écrit
de suite sans aucun blanc, et signé, tant par le Supérieur ou
la Supérieure, que par celui qui aura pris l'Habit ou fait Pro-
fession, et par deux des plus proches parents ou amis qui
auront assisté; dont le Supérieur ou la Supérieure seront
tenus de délivrer extrait, vingt-quatre heures après qu'ils en
auront été requis.

[ARTICLE 71.]

* *Décln*, 1736, art. 25 et 26, } [Art. 25.] Cité sous l'art. 70.
 cité par Serpillon, p. 333 } [Art. 26.] Tous les actes de
 Vêtüre, Noviciat et Profession, seront inscrits en Français
 sur chacun des dits deux registres, de suite et sans aucun
 blanc, et les dits actes seront signés sur les dits deux registres,
 par ceux qui les doivent signer, le tout en même temps qu'ils
 seront faits, et en aucun cas les dits actes ne pourront être
 inscrits sur des feuilles volantes.

* 1 *Sallé*, p. 236. } “ *Ord. 1667, Tit. 20, art. XVII.* Les
 } “ Grands Prieurs de l'Ordre de St. Jean
 “ de Jérusalem seront tenus dans l'an et jour de la Profes-
 “ sion faite par nos sujets dans l'ordre, de faire registrer
 “ l'acte de Prosession; et à cette fin, enjoignons au secré-
 “ taire de chaque Grand-Prieuré, d'avoir un registre relié,
 “ dont les feuilles seront pareillement paraphées par première
 “ et dernière par les Grands-Prieurs, pour y être écrit la copie
 “ des actes de Profession, et le jour auquel elles auront été fai-
 “ tes, et l'acte d'enregistrement signé par le Grand-Prieur pour
 “ être délivré à ceux qui le requerront; le tout à peine de
 “ saisie du temporel.”

La déclaration de 1736, est exactement conforme à cet article; elle enjoint de même aux Grands-Prieurs de l'Ordre de Malthe de faire registrer dans l'an et jour les actes de Profession des sujets du Roi dans l'Ordre, aux secretaires de • de chaque Grand-Prieuré d'avoir un registre cotté et paraphé pour y inscrire la copie des actes de Profession, et pour en être délivré des Extraits à ceux qui le requerront; le tout à peine de saisie du temporel.

La seule différence consiste en ce que l'Ordonnance voulait que les Registres fussent cottés et paraphés, et que l'acte d'enregistrement fût signé par le Grand-Prieur, limitativement. Mais comme le Grand-Prieuré peut être vacant; que d'ailleurs, en le supposant rempli, le Grand-Prieur peut être

[ARTICLE 72.]

absent ou avoir quelqu'autre empêchement légitime, la Déclaration autorise celui qui remplira les fonctions de Grand-Prieur, *en cas d'absence ou autre empêchement légitime* à coter et parapher les Registres, et à signer les actes d'enregistrement'

72. Les actes font mention des noms et prénoms et de l'âge de la personne qui fait profession, du lieu de sa naissance et des noms et prénoms de ses père et mère.

Ils sont signés par la partie elle-même, par la Supérieure de la communauté, par l'Evêque ou autre ecclésiastique qui fait la cérémonie, et par deux des plus proches parents ou par deux amis qui y ont assisté.

72. The acts set forth the names and surnames, and the age of the person making profession, the place of her birth and the names and surnames of her father and mother.

They are signed by the party, by the superior of the community, by the bishop or other ecclesiastic who performs the ceremony, and by two of the nearest relations, or by two friends who were present.

* *Décln.* 1736, } Dans chacun des dits actes, il sera fait
art. 27. } mention du nom et surnom, et de l'âge de celui ou de celle qui prendra l'Habit ou qui fera Profession, des noms, qualités et domiciles de ses père et mère, du lieu de son origine et du jour de l'acte, lequel sera signé sur les dits deux registres, tant par le Supérieur ou la Supérieure, que par celui ou celle qui prendra l'Habit ou fera profession, ensemble par l'Evêque ou autre personne ecclésiastique qui aura fait la cérémonie, et par deux des plus proches parens ou amis qui y auront assisté.

[ARTICLE 73-74.]

73. Les registres durent pendant cinq années, après lesquelles l'un des doubles est déposé comme dit en l'article 47; et l'autre reste dans la communauté pour faire partie de ses archives.	73. The registers are used during five years, after which one of the duplicates is deposited in the manner declared in article 47, and the other remains with the community to form part of its records.
---	---

* *Décln.* 1736, } Les dits registres serviront pendant cinq
art. 28. } années consécutives, et l'apport au Greffe s'en fera; savoir, pour les registres qui seront faits en exécution de la présente Déclaration, dans six semaines après la fin de l'année 1741, ensuite de cinq ans en cinq ans;.....

74. Les extraits de ces registres, signés et certifiés par la supérieure de la communauté, ou par les dépositaires de l'un des doubles, sont authentiques et sont délivrés par l'une ou par les autres au choix et à la demande de ceux qui les requièrent.	74. Extracts of such registers, signed and certified by the superior of the community, or the depository of one of the duplicates, are authentic, and are delivered by one or other of them at the option and on the demand of those requiring them.
--	---

* *Décln.* 1736, } Il sera au choix des parties intéressées de
art. 29. } lever des extraits des dits actes sur le registre qui sera au Greffe, en payant au Greffier le salaire porté par l'article XIX, ou sur le registre qui restera entre les mains du Supérieur ou Supérieure, qui seront tenus de délivrer les dits extraits vingt-quatre heures après qu'ils en seront requis, sans aucun salaire, ni frais, à la réserve du papier timbré seulement.

[ARTICLE 75.]

CHAPITRE SIXIÈME.

DE LA RECTIFICATION DES ACTES
ET REGISTRES DE L'ÉTAT CIVIL.

CHAPTER SIXTH.

OF THE RECTIFICATION OF ACTS
AND REGISTERS OF CIVIL STATUS.

75. S'il a été commis quelque erreur dans l'entrée au registre d'un acte de l'état civil, le tribunal de première instance au greffe duquel a été ou doit être déposé ce registre, peut, sur la demande de toute partie intéressée, ordonner que cette erreur soit rectifiée en présence des autres intéressés.

75. If an error have been committed in the entry made in the register of an act of civil status the court of original jurisdiction in the office of which such register is or is to be deposited may, at the instance of any interested party, order such error to be rectified in presence of the other parties interested.

* *Ord.* 1667, *Tit.* 20, } Cité sous l'art. 51.
art. XIV. }

* *Décln.* 1736, } En cas que par nos cours ou par autres ju-
art. XXX. } ges compétents, soit ordonné quelque réforme sur les actes qui se trouveront dans les Registres des baptêmes, mariages et sépultures, Vêtures, Noviciats ou Professions, la dite réforme sera faite sur les deux registres, et ce en marge de l'acte qu'il s'agira de réformer, sur laquelle le jugement sera transcrit en entier ou par extrait ; Enjoignons à tous Curés, Vicaires, Supérieurs, ou autres dépositaires des des dits registres, de faire la dite réforme sur les dits deux registres, s'ils les ont encore en leur possession, sinon sur celui qui sera resté entre leurs mains ; et aux Greffiers de la faire pareillement sur celui qui aura été déposé au Greffe.

[ARTICLE 75.]

* 1 *Encyclopédie du Droit, de MM. } [77.] Malgré toutes les*
Sebire et Carteret. pp. 205-6. } précautions prises par la
 loi pour assurer l'exactitude des actes de l'état civil, pour en repousser toute énonciation inutile et dangereuse, il peut arriver cependant qu'une erreur se soit glissée dans un acte, ou qu'il contienne une déclaration contraire à la loi, et préjudiciable à un tiers ; il faut alors le rectifier. La loi a tracé la procédure à suivre en pareil cas.

La rectification d'un acte de l'état civil, de quelque nature que soit l'irrégularité relevée, doit être poursuivie en justice à la requête de la partie intéressée.

Il avait été dérogé à ce principe, déjà établi avant le code civil (Orđ. de 1667), par la loi du 2 flor., an III. D'après cette loi, les registres perdus ou détruits devaient être remplacés, soit par des copies prises sur les doubles existant, soit à l'aide de renseignements pris auprès des commissaires préposés à leur confection. Mais cette loi de circonstance a rencontré dans son exécution des obstacles insurmontables ; et deux avis du Conseil d'Etat, des 13 niv., an X et 12 brum., an XI, ont expressément rappelé le principe. Enfin, les discussions du code civil ne laissent aucun doute à cet égard.

[78.] La demande en rectification peut être formée devant les tribunaux par les parties intéressées, c'est-à-dire, celles qui sont directement dénommées dans l'acte, et leurs héritiers. Il n'est même pas nécessaire pour ceux-ci qu'ils aient à la rectification un intérêt matériel, un intérêt d'argent ; le seul intérêt de famille suffit. C'est ce qui a été jugé à l'égard des parents collatéraux par la Cour Royale de Paris (19 avril 1834, D. P.34. 2. 112).

Cette demande peut aussi être formée par un tiers, s'il se trouve dans l'acte des énonciations, qui lui soient applicables ; si, par exemple, on lui attribue, sans son consentement, la paternité d'un enfant.

[ARTICLE 75.]

Mais si l'acte de l'état civil, regulier en la forme et précis dans ses énonciations, ne parait pas applicable au demandeur, cêlui-ci doit prouver, avant tout, que l'acte prétendu défectueux lui est réellement applicable. (Bourges, 1er. Juin 1831. D. P. 31. 2. 230.)

Dans tous les cas les parties intéressées qui n'ont pas requis la rectification peuvent être appelées, s'il y a lieu (C. pr. 856.) Leur présence n'est donc pas nécessaire ; c'est aux juges à faire à cet égard ce qui leur parait convenable ; mais si elles n'ont pas été appelées, la rectification ne peut leur être opposée. Ainsi, elles n'ont même pas besoin de former opposition au jugement ou d'en interjeter appel ; il est à leur égard comme non avenu.

[80.] Il y a lieu à rectification toutes les fois qu'il y a erreur ou omission, ne fut-ce que dans l'ortographe des noms. (Avis du Conseil d'Etat, du 19 mars 1808).

[81.] On ne doit pas confondre la demande en rectification d'un acte de l'état civil, avec les demandes en possession ou en suppression d'état, qui sont régies par des principes particuliers.

Le code civil n'indique pas le tribunal devant lequel doit être porté la demande en rectification ; il se contente de dire qu'il y sera statué par le tribunal compétent. Le code de procédure civile, en traçant les règles de la procédure de rectification, ne s'explique pas non plus sur la compétence. (V. art. 853 et 855 et suiv.) Il faut donc à cet égard s'en référer aux principes ordinaires, et puiser des analogies dans le droit commun.

La demande en rectification peut être introduite ou par voie de conséquence, ou par voie principale.

Elle est introduite par voie de conséquence, lorsqu'il s'agit soit d'une demande en possession d'état, soit d'une demande en pétition d'hérédité. La demande en rectification

[ARTICLE 75.]

n'en étant que l'accessoire doit nécessairement être portée devant le tribunal saisi de la demande principale.

Si c'est une demande principale, elle ne doit pas être formée par voie d'action ; car il n'y a pas de défendeur ; et il n'existe vraiment pas de contestation, puisque la demande ne doit amener aucune condamnation. Il faut suivre la marche particulière tracée par le Code de Procédure.

Le demandeur en rectification doit, aux termes de l'art. 855 de ce code, présenter requête au Président du tribunal de Première Instance. Mais quel est ce tribunal ? La loi est muette. Tous les auteurs indiquent comme tribunal compétent celui au Greffe duquel a été ou doit être déposé le double du Registre (Rodier, sur l'art. X du tit. 20 de l'ord. 1667. MM. Toullier, t. 1, n° 341 ; Duranton, t. 1, n° 342 ; Carré, n° 2893 ; Thomines Desmazures, Comm. sur le C. de procéd ; Coin de Lisle, *Comm. analytique du C. civ.*, art. 99, liv. 1er., t. 11, p. 86, n° 15). En effet, ce n'est pas le domicile du défendeur qui peut ici fixer la compétence, puisque la demande n'étant pas formée par voie d'action, il n'y a en cause aucun défendeur. C'est donc le cas d'appliquer par analogie les dispositions du § 5 de l'art. 59, C. pr., et de soumettre la demande au tribunal le plus à même par sa situation de vérifier les registres à rectifier, et de prendre tous les renseignements nécessaires pour arriver à la rectification de l'acte.

* 11 *Merlin, Rép., Vbo.* } A toutes les époques de notre législa-
Etat civil, p. 148. } tion, il a été tenu pour maxime constan-
 tante, que les officiers de l'état civil ne pouvaient, de leur
 propre autorité, en réparer les erreurs ni les omissions ; qu'il
 ne leur était permis d'y toucher qu'en vertu de jugemens
 rendus par les tribunaux, et que ces jugemens ne pouvaient
 être provoqués que par les parties intéressées.

[ARTICLE 75.]

* 1 Rogron, p. 18 sur art. 99, } *La rectification.*—Il y a lieu
 C., N. } à la rectification lorsque les
 noms sont mal orthographiés; ou bien lorsqu'un prénom a
 été omis ou transposé.

Sera demandée.—Par requête présentée au président du tribunal de Première Instance (art. 855 du code de proc.). Au reste, on a jugé que les membres d'une famille ont intérêt à s'opposer à ce que des personnes qui y seraient étrangères puissent s'y introduire, et que cet intérêt quoiqu'il ne soit pas pécuniaire, leur donne droit à attaquer des actes qui, sous ce rapport, leur préjudicieraient. (Arrêt de la Cour de Paris, du 19 avril 1834, Sirey, t. 34, II, 297.)

Sauf l'appel.—Il peut même arriver que la partie qui a demandé la rectification ait à se plaindre du jugement; elle peut alors en appeler à la Cour Royale, par requête présentée au président de cette Cour.

Par le tribunal compétent.—L'état des hommes est trop important pour qu'il soit statué sur les actes qui le concernent autrement que par un jugement. Le tribunal compétent est celui auquel il appartient de statuer sur la rectification demandée; c'est le tribunal de Première Instance au Greffe duquel le double des registres a dû être déposé.

Appelées, s'il y a lieu.—L'article 856 du Code de procédure civile laisse au tribunal le soin d'ordonner que les parties intéressées seront appelées et indique la procédure à suivre. Il faut remarquer qu'un avis du Conseil d'Etat, du 30 mars 1808, dispense les futurs époux de faire rectifier leurs actes de naissance, ou les actes de décès des père et mère: on se contente, dans ces divers cas, pour épargner à des personnes pauvres les frais d'un jugement, du témoignage des parents, d'un conseil de famille, ou des quatre témoins.

[ARTICLE 76.]

Cod. Pro. Civ., } Celui qui voudra faire ordonner la rec-
art. 855. } tification d'un acte de l'Etat civil présen-
 tera requête au président du tribunal de Première Instance.

* 35 *Geor. 3, c. 4,* } Cité sous l'art. 77.
s. 13. }

* *C. N.*, 99. } Lorsque la rectification d'un acte de l'état
 } civil sera demandée, il y sera statué, sauf l'ap-
 pel, par le tribunal compétent, et sur les conclusions du Pro-
 cureur du Roi. Les parties intéressées seront appelées, s'il y
 a lieu.

C. P. C., B. C., art. } Celui qui veut faire ordonner la recti-
 1239. } fication du registre doit présenter à cette
 fin une requête au tribunal, énonçant l'erreur ou omission
 dont il se plaint et concluant à ce que la rectification soit
 faite suivant les circonstances. Cette requête doit être si-
 guifiée aux dépositaires du registre.

Id., *art. 1240.* } Le tribunal peut en outre ordonner la
 } mise en cause de telle partie qu'il juge in-
 téressée dans cette demande.

L'assignation est alors donnée en la forme ordinaire.

76. Les dépositaires de ces registres sont tenus d'y inscrire en marge de l'acte rectifié, ou à défaut de marge sur une feuille distincte qui y reste annexée, le jugement de rectification, aussitôt que copie leur en est fournie.	76. The depositaries of the registers, on receipt of a copy of any judgment of rectification, are bound to inscribe the same on the margin of the act so rectified, and if there be no margin, then on a sheet of paper which remains annexed thereto.
---	---

[ARTICLE 77.]

* *Décln.* 1736, } Cité sous l'art. 75.
art. XXX. }

C. P. C., B. C., art. } Dans le jugement de rectification il
 1241. } est ordonné qu'il sera inscrit sur les deux
 registres, et l'acte ne peut plus être expédié qu'avec les rec-
 tifications ordonnées.

C. N., 101. } Les jugements de rectification seront ins-
 crits sur les registres par l'Officier de l'état-
 civil aussitôt qu'ils lui auront été remis, et mention en sera
 faite en marge de l'acte réformé.

77. [Si l'on a entièrement omis d'entrer aux registres un acte qui devrait s'y trouver, le même tribunal peut, à la demande d'un des intéressés, et après que les autres ont été dûment appelés, ordonner que cette omission soit réparée, et le jugement à cette fin est inscrit sur la marge des registres, à l'endroit où aurait dû être entré l'acte omis, et, à défaut de marge, sur une feuille distincte qui y demeure annexée.]	77. [If an act which ought to have been inserted in the register be entirely omitted, the same court may, at the instance of one of the parties interested, the others being notified, order that such omission be supplied, and the judgment so ordering is inscribed on the margin of the said register at the place where the act so omitted ought to have been entered, and if there be no margin, then on a sheet of paper which remains annexed thereto.]
--	--

[ARTICLE 77.]

* 35 *Geo. 3, ch.* } [XI.] Et comme il peut y avoir d'autres
 4, s. 11 et 13. } registres qui n'ont pas été tenus en cette
 Province d'une manière strictement conforme aux règles et
 formes prescrites par la loi, qu'il soit de plus statué par l'au-
 torité susdite, que tout registre de baptêmes, mariages et sé-
 pultures qui a été tenu d'une manière informe, et n'a pas été
 déposé ainsi qu'il est prescrit par la loi avant le commence-
 ment de cet acte, par aucun recteur, curé, vicaire ou autre
 prêtre ou ministre d'aucune paroisse ou d'aucune église pro-
 testante ou congrégation, et qui avant l'expiration de cinq
 années après la passation de cet acte sera présenté, avec un
 double ou grosse exact d'icelui, à l'un des Juges de la Cour
 du Banc du Roi ou au Juge Provincial du district dans le-
 quel tel registre a été tenu, afin que l'original et le double
 ou grosse d'icelui puissent être par lui, dit Juge ou Juge Pro-
 vincial, comparés, certifiés et signés; et chacun d'eux no-
 nobstant aucun défaut dans la forme ou autrement à l'égard
 de tel registre, double ou grosse, sera séparément considéré
 comme évidence dans toutes les Cours de justice de la vérité
 des entrées qui y auront été faites suivant le vrai sens et in-
 tention d'icelles, et tous deux auront la même force et effet
 que s'ils avaient été tenus suivant les règles et formes pres-
 crites par les loix de cette Province.

[XIII.] Et attendu que l'enregistrement de plusieurs bap-
 têmes, mariages et sépultures peuvent avoir été omis dans
 divers registres, d'où il pourrait résulter à l'avenir des torts
 à des familles et à des individus dans leurs droits et proprié-
 tés, et qu'il est juste et convenable de procurer les moyens
 de remédier à telles omissions. Qu'il soit de plus statué par
 l'autorité susdite, que toute personne qui découvrira dan
 aucun registre l'omission de l'entrée d'aucun baptême, ma-
 riage ou sépulture qui aura été fait avant le commencement
 de cet acte, pourra, dans aucun temps avant l'expiration de
 cinq années après la passation de cet acte, prouver icelui

[ARTICLE 77.]

devant un des Juges de Sa Majesté de la Cour du Banc du Roi ou le Juge Provincial du district où tel baptême, mariage ou sépulture ainsi omis a été fait ; et sur preuve qui en sera faite devant lui, sur le serment de deux ou plusieurs personnes de la même qualité et description requises par cet acte, pour signer l'entrée d'un baptême, mariage ou sépulture et qui auraient été présents à icelui, le dit Juge ou Juge Provincial est par ces présentes autorisé et requis d'ordonner une entrée de tel baptême, mariage ou sépulture ainsi omis, laquelle sera faite en sa présence dans le registre de la paroisse, église protestante ou congrégation qui aura été déposé dans le Greffe de la Cour civile du Banc du Roi ou de la Cour Provinciale du district où tel baptême, mariage ou sépulture a été fait, et telle entrée sera signée par les personnes qui auront rendu témoignage, et à l'égard de ceux qui ne savent ou ne peuvent signer, mention en sera faite en la dite entrée, et telle entrée sera alors certifiée et signée par le dit Juge ou Juge Provincial, et considérée comme évidence de la vérité de la dite entrée suivant le vrai sens et intention d'icelle, et aura la même force et effets à tous égards et fins comme si telle entrée avait été faite dans le tems et la forme prescrits par la loi de cette Province ; pourvu toujours que dans tous les cas où les registres d'aucune paroisse, église protestante ou congrégation ne pourraient se trouver ou qu'ils n'en aurait pas été tenu, rien dans cet acte ne sera censé s'étendre à empêcher de faire la preuve des baptêmes, mariages et sépultures, tant par témoins que par papiers ou registres de famille ou par autres moyens accordés par la loi, réservant aux parties adverses le droit de détruire ou réfuter telle évidence : pourvu toujours que dans le cas où aucune personne fera sciemment et volontairement un faux serment sur aucune des matières susdites, et en étant légalement convaincue, telle personne sera dans le cas de subir les pénalités infligées par un statut passé dans la cinquième année du règne

[ARTICLE 77.]

de la Reine Elizabeth, pour la punition du parjure volontaire.

* *Ord.* 1667, *tit.* 20, } Cité sous l'art. 51.
 art. 14. }

* *Serpillon*, *p.* 338 } Cité sous l'art. 51.
 à 341. }

Décln. 1736, *art.* 30. } Cité sous l'art. 51.

* 2 *Jousse* (*Ord.*,) [1. *La preuve en sera reçue, tant par ti-*
 1667), *p.* 331. } *tres, etc.*]—Cette disposition est très sage :
 car quand les registres, sont perdus, on ne peut rien imputer
 aux contractans. S'il n'avait point en tout été tenu de regis-
 tres, la preuve serait plus difficile. Au reste, tous les actes
 qui précèdent le mariage, comme la publication des bans, les
 fiancailles, etc., ne sont point suffisans pour établir le ma-
 riage, si cela n'est soutenu par des actes postérieurs à la
 prétendue célébration, ou par la déposition des témoins. Il
 faut aussi observer que pour pouvoir être admis à la preuve
 d'un état, il faut avoir un commencement de preuve par
 écrit, ou une possession reconnue de l'état qu'on réclame, et
 qu'il ne s'agisse plus que de fortifier cette preuve.

[2. *Que par témoins*.]—Deux témoins suffisent pour cela.
 (Voyez Boiceau en son *Traité de la preuve par Témoins*,
 partie 1, chap. 15, n. 6.)

[3. *Des pères et mères décédés*.]—Et par conséquent s'ils sont
 encore vivants, leurs papiers domestiques ne font point de
 preuve. Autrement il pourrait arriver tous les jours qu'un
 père pourrait préjudicier à un enfant pour en avantager un
 autre qu'il aimerait par préférence, en mettant sur son regis-
 tre ce que bon lui semblerait.

[ARTICLE 77.]

**Rodier, quest. 5, tit. 20, art. 14* } L'enquête doit-être ordon-
de l'Ord. 1667, p. 301. } née et faite avec les gens du
 Roi, soit qu'il y ait déjà un procès pendant avec quelque
 partie, ou non.

L'ordonnance le suppose, quand elle leur reserve la preuve contraire, dans le cas où il s'agira des capacités des bénéficiers, ou de la réception en quelque charge. La raison pour procéder avec les gens du Roi, c'est que la preuve du baptême, du mariage ou de la mort de quelqu'un, intéresse l'état public des citoyens, et peut porter coups dans plus d'une affaire.

Les parens et aliés peuvent être témoins en pareille matière.....ils sont d'ailleurs mieux instruits que les autres.

*1 *Bornier, p. 160.* } [*En sera reçue.*]—Comme la perte des
 autres instruments n'empêche pas qu'on
 ne puisse prouver par témoins le contenu en iceux, de même
 pour la perte de la profession natal ou registre baptismal,
 l'on ne doit pas être exclus de prouver son état, sa condition
 et son âge. (S. 5, *C. de proc.*, l. 1, 4, 5, 6 et 10, *C. de fide ins-
 trument.*) Et la raison se recueille de cette loi 10, où il est
 dit, que comme ce qui est fait ne laisse pas d'avoir force et
 effet, encore qu'il n'en ait point été passé de contrat, de
 même celui qui en aurait pu être passé venant à se perdre,
 la vérité ne laisse par d'être toujours la même, et de demeurer
 en son entier.

*27 *Merlin, Rép., Vbis. Rectific. des* } 1. Mais comment doivent
actes de l'Etat civil, p. 263. } s'exécuter les jugemens
 qui ordonnent de pareilles rectifications, et comment doivent
 s'expédier les actes rectifiés d'après ce jugement ?

C'est ce qu'explique un avis du Conseil d'Etat, du 23 février 1808, approuvé le 4 mars suivant. Voici comment il est conçu :

[ARTICLE 77.]

“ Le Conseil d'état, qui, d'après le renvoi ordonné par Sa Majesté, a entendu le rapport de la section de la législation sur celui du Grand Juge ministre de la justice, tendant à faire statuer sur la difficulté qui existe à Paris, entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire, relativement au mode de transcription sur le registre de l'état civil des jugements de rectification, et à la délivrance des actes rectifiés ;

“ Considérant qu'aux termes de l'art. 101 du Code civil, les jugements de rectification des actes de l'Etat civil doivent être inscrits sur les registres aussitôt qu'ils ont été remis à l'officier de l'Etat civil, et que mention en doit être faite en marge de l'acte réformé ; que le Greffier du tribunal de Première Instance, d'un côté, et de l'autre, les maires de Paris, et le préposé au dépôt des registres qui existent à la préfecture, suivent un mode différent dans l'exécution de cet article ; que le Greffier, après avoir, conformément à la disposition du code, fait mention de la rectification en marge de l'acte réformé, le délivre aux parties avec la mention expresse de sa rectification ; qu'au contraire, les maires et le préposé au dépôt de la préfecture se bornent à indiquer la date du jugement de rectification en marge de l'acte réformé, et délivrent cet acte dans son état primitif, en sorte que les parties ne sont point dispensées de lever une expédition du jugement de rectification ; que le mode adopté par le Greffier du tribunal de Première Instance, est incontestablement plus expéditif et plus économique.

* 11 *Merlin, Rép., Vbo.* } Cité sous l'art. 75.
Etat civil §. 4, p. 148. }

* *C. P. C.,* } Cité sous l'art. 75.
art. 855. }

* 1 *Toullier,* } Si la rectification est ordonnée, on ne doit
no. 342. } néanmoins faire aucun changement sur l'acte
 qui doit être rectifié ; mais une expédition du jugement est

[ARTICLE 77.]

remise à l'officier de l'état civil, qui doit l'inscrire sur ses registres courans aussitôt qu'il l'aura reçue, et en faire mention en marge de l'acte réformé ; et si cet acte est inscrit sur un registre dont le double soit déposé au Greffe, la même mention doit être faite sur ce registre, en marge de l'acte, par le Greffier du tribunal, à l'effet de quoi l'officier civil en donnera avis dans les trois jours au procureur du roi du dit tribunal, qui veillera à ce que la mention soit faite d'une manière uniforme sur les deux registres (art. 49). L'acte ainsi réformé ne doit plus, à l'avenir, être délivré qu'avec les rectifications ordonnées, à peine de tous dommages et intérêts contre l'officier qui l'aurait délivré.

La mention de rectification ne doit pas se borner à indiquer la date du jugement ; elle doit référer de plus en quoi consiste la rectification ordonnée, afin qu'il ne soit plus besoin de retirer le jugement.

[350.] Mais quand il existe des registres en bonne forme, qui ne sont ni corrompus ni déchirés, et qu'on a seulement omis d'y inscrire un acte de naissance, de mariage ou de décès, l'art. 46 n'a point prévu ce cas, et l'on s'en plaignait d'abord au Conseil d'Etat, comme d'une lacune, mais on reconnut bientôt qu'il serait dangereux de fixer les règles pour les cas d'omission. Cette question a toujours été regardée comme l'une des plus délicates de la jurisprudence. Si les omissions ont pour cause l'impossibilité où se sont trouvées les parties ou les personnes qui les intéressent, de faire consigner les actes sur les registres de l'état civil, elles peuvent toujours être réparées. Cette circonstance impérieuse les excuse ; mais il faut que cette impossibilité soit réelle et prouvée, comme, par exemple, dans le cas d'un étranger, dans celui d'un Français né, marié ou décédé chez l'étranger. Dans ces cas, les actes n'ayant pu être inscrits sur les registres de l'état civil en France, on y supplée par les actes re-

[ARTICLE 78.]

çus en pays étranger, qui font foi, pourvu qu'on y ait observé les formes usitées dans ce pays.

* C. N., N. } Cité sous l'art. 70.
99. }

78. Le jugement de rectification ne peut, en aucun temps, être opposé aux parties qui ne l'ont pas demandé, ou qui n'y ont pas été appelées.	78. The judgment of rectification cannot, at any time, be set up against those who did not seek it, or who were not duly notified.
---	---

* 2 *Pand. franç.*, p. 406. } Cette disposition est fondée sur la maxime, que les jugements rendus avec un tiers, ne peuvent nuire ni préjudicier à un autre. *Res inter alios judica alteri non nocet.* Cela est indubitable.

Mais si les parties intéressées, appelées au jugement de rectification, n'existent plus, celles qui en prennent la place peuvent-elles venir contester, de nouveau, la rectification, sous le prétexte que le jugement n'a point été rendu avec elles.

Il n'y a nul doute pour la négative, si ces nouvelles parties sont les héritières des premières ; car le jugement rendu avec leurs auteurs, est censé rendu avec elles. Que si elles viennent par un droit qui leur soit propre, il faut encore décider la même chose. En effet, je n'ai dû mettre en cause que les parties intéressées, au moment où j'ai formé ma demande. Ce qui a été jugé avec elles, l'a été régulièrement : et le jugement forme la loi de la famille.

Il faut donc, pour qu'il y ait lieu à l'application de cet article, que, lors de la demande en rectification, on n'ait appelé aucune des parties intéressées. Alors, toutes celles qui, par la suite, pourront y avoir intérêt, auront le droit de la contester.

[ARTICLE 78.]

* 1 Rogron, sur l'art. 100, C. N. } *Pas été appelées.*—En général,
 } lorsqu'un jugement dans lequel
 nous n'avons pas été partie blesse nos droits, nous devons en
 demander l'annulation par une voie de procédure qu'on
 nomme *tierce opposition*. Comme d'après l'article 100, le ju-
 gement de la rectification ne peut en aucun temps être oppo-
 sé aux parties qui n'y ont pas été appelées, il s'en suit que,
 par une sorte d'exception au code de procédure, ces parties
 n'ont pas même besoin d'y former tierce-opposition : ce juge-
 ment est, à leur égard, comme s'il n'existait pas ; à plus forte
 raison n'ont-elles pas besoin d'en appeler

C. N., N. 100. } Le jugement de rectification ne pourra,
 } dans aucun temps, être opposé aux parties
 intéressées qui ne l'auraient point requis, ou qui n'y au-
 raient pas été appelées.

TITRE TROISIÈME.
DU DOMICILE.

TITLE THIRD.
OF DOMICILE.

RAPPORT DE MM. LES } Le domicile dont il est ici question,
COMMISSAIRES. } est celui où s'exercent les droits civils.
C'est ce domicile qui sert à déterminer le tribunal devant lequel une personne doit être assignée en matière personnelle, le lieu où s'ouvre la succession, celui où se célèbre le mariage, celui où doit être convoqué le conseil de famille du mineur, les personnes qui doivent être appelées à le composer, ainsi que plusieurs autres questions. Les dispositions de ce titre, quoique très-importantes, sont simples et peu nombreuses. Elles sont presque toutes conformes à celles du Code Napoléon, auquel, pour la plupart, elles ont été empruntées. L'on se contente de poser ici les règles générales sur le sujet. C'est au code de procédure civile qu'il sera pourvu à l'ajustement des différentes questions que soulève le domicile quant aux assignations judiciaires, sur lesquelles nous avons beaucoup de législation provinciale.

L'article 79 déclare que le domicile d'une personne, quant à l'exercice des droits civils, est au lieu où elle a son principal établissement; cette définition est conforme au droit Romain, à l'ancien droit français, aussi bien qu'au Code Napoléon, duquel cet article est copié, sauf la substitution du mot *personne* à celui de *français*, afin de comprendre les sociétés et les corporations, auxquelles l'article 103 du Code Napoléon ne paraît pas s'étendre.

Le domicile une fois établi, il faut pour le changer le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, accompagné de l'intention de s'y fixer (80), intention dont la preuve résulte des déclarations de la personne ou des circonstances (81.)

L'article 104 du Code Napoléon fait résulter particulièrement la preuve de cette intention d'une déclaration que ferait

la partie à la municipalité qu'elle laisse et à celle où elle vient se fixer.

Notre article ne parle pas de ces déclarations, auxquelles notre système se prêterait difficilement ; cependant si elles étaient faites et reçues, elles ne manqueraient pas d'avoir leur effet d'après l'article (81).

Le déplacement nécessité par l'acceptation de fonctions publiques, temporaires ou révocables, ne fait pas perdre le domicile ancien, s'il n'y a déclaration contraire ou autres circonstances qui le fassent présumer (82).

¶ Mais il n'en est pas de même de l'acceptation de fonctions conférées à vie, laquelle emporte translation de domicile dans le lieu où elles doivent être exercées. Un article à l'effet de le déclarer ainsi, avait été proposé, mais a été omis après discussion, pour la raison que la règle qu'il énonce est comprise en l'article 79 du présent titre.

Certaines personnes n'ont pas de domicile qui leur soit propre, ainsi la femme non séparée de corps n'a pas d'autre domicile que celui de son mari ; le domicile des père et mère, ou du tuteur ou curateur, détermine celui des personnes placées sous leur puissance (83).

Les domestiques, ouvriers, apprentis, ont leur domicile chez leur maître, s'ils demeurent dans la même maison (84).

Un article qui déclarait que l'ouverture de la succession se règle par le domicile, a été omis pour être porté au titre des successions.

Outre le domicile réel que l'on peut se choisir ou qui est établi de droit, les parties à un acte peuvent en élire un différent pour les fins de cet acte ; auquel cas les significations et poursuites y relatives peuvent se faire au domicile convenu et devant le tribunal de ce domicile (85).

Ce n'est pas ici qu'il convient de déterminer le lieu où doivent se faire l'assignation judiciaire, les significations,

[ARTICLE 79.]

protêts et poursuites, etc., dans le cas du commerçant pour les affaires de son commerce, lorsqu'elles se font ailleurs qu'à son domicile réel ; aussi bien que dans le cas des sociétés commerciales et des corporations.

Ces différentes questions trouveront plus convenablement leur solution au lieu où il sera traité des règles exceptionnelles applicables aux matières de commerce, aux corporations, et au code de procédure civile.

79. Le domicile de toute personne, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où elle a son principal établissement.	79. The domicile of a person, for all civil purposes, is at the place where he has his principal establishment.
---	--

* *Cod., lib. X, tit. 39, L. 7 de Incolis* } Cives quidem origo,
et ubi quis domicilium habere &c. } manumissio, allectio, vel
 adoptio : incolas vero (sicut et Divus Hadrianus Edicto suo
 manifestissime declaravit) domicilium facit, et in eodem loco
 singulos habere domicilium, non ambigitur, ubi quis larem,
 rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde
 (rursus) non sit dicessurus, si nihil avocet : unde cum pro-
 fectus est, peregrinari videtur : quod si rediit, peregrinari
 jam destitit.

* *Pothier, Introd. aux coutu-* } [8.] Le domicile des per-
mes., Nos. 8-20. } sonnes les rendant sujettes
 aux statuts personnels du lieu où il est établi, il est néces-
 saire de donner quelques notions de ce domicile. Nous en
 trouvons la définition en la loi 7, *Cod. de incol.* ; c'est le lieu
 où une personne a établi le siège principal de sa demeure et
 de ses affaires ; *Ubi quis larem rerumque ac fortunarum sum-*
mam constituit ; unde non sit dicessurus si nil avocet ; unde,
quum profectus est, peregrinari videtur, etc.

[ARTICLE 79.]

[20.] Il paraît quelquefois incertain où est le domicile d'une personne ; ce qui arrive lorsqu'elle a un ménage dans deux lieux différents où elle va passer alternativement différentes parties de l'année. Il n'y a pas lieu à cette incertitude, lorsque cet homme a un bénéfice ou une charge, ou autre emploi non amovible, qui demande résidence dans l'un des lieux ; car il n'est pas douteux en ce cas que c'est dans ce lieu où doit être fixé son domicile. Lorsque cet homme n'a aucun bénéfice ni charge ou emploi qui l'attache à l'un de ces deux lieux, on doit, pour fixer son domicile, avoir recours à d'autres circonstances, et décider, 1o. pour le lieu où il laisse sa femme et sa famille lorsqu'il va dans l'autre ; 2o. pour celui où il fait le plus long séjour ; 3o. pour celui où il se dit demeurant dans les actes ; ou pour celui où il est imposé aux charges publiques ; ou pour celui où il se rend avec sa famille pour faire ses Pâques. (Argentré sur Bret., art, 449.) A défaut de toutes ces circonstances, on doit, *in dubio*, décider pour celui des deux qui était le domicile de cet homme ou de ses père et mère, avant qu'il ait commencé de tenir un ménage dans l'autre ; car le changement du domicile, d'un lieu à un autre devant être justifié, on est toujours, *in dubio*, présumé avoir conservé le premier.

* <i>Id.</i> , <i>Mariage</i> , No. 355.	}	Le prêtre compétent pour la célébration des mariages, est le curé des parties.
---	---	--

Le curé des parties est celui du lieu où elles font leur résidence ordinaire.

Lorsqu'une personne demeure une partie de l'année dans un lieu, et une autre partie dans un autre, son curé est celui du lieu où est sa principale demeure, où il fait ses Pâques, où il a coutume de se dire *demeurant*, dans les actes qu'il passe ; où il est imposé aux charges publiques.

[ARTICLE 79.]

* *Merlin, Rép., Vbo. Domicile,* } Suivant l'art 102 du Code ci-
 § 2, p. 336 et suiv. } vil, " le domicile de tout Fran-
 çais, quant à l'exercice de ses droits civils, est le lieu où il a
 son principal établissement. "

Les lois romaines en donnent la même idée. *In eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem, &c.... jam destitit.* Ce sont les termes de la loi 7, C. de Incolis. La loi 27, D. *ad municipalem*, dit encore que celui-là est censé domicilié dans une ville, qui en fait le centre de ses affaires, qui y passe tous ses contrats, qui y fréquente la place publique les bains, les spectacles, qui y célèbre les fêtes, qui y exerce tous les droits de bourgeoisie, sans participer aux avantages personnels des habitants de la campagne où la culture de ses terres l'appelle de temps en temps. Si quis negotia, &c.....colendi causâ diversatur.]]

Le domicile n'est cependant pas toujours facile à déterminer, parceque nombre de personnes ayant plusieurs établissements à la fois, passent six mois dans un endroit, six mois dans un autre ; reviennent au premier, retournent au second, sans marquer quel est, dans le fait, le domicile qu'elles affectent par préférence.

Dans le doute, le domicile d'origine est celui qui obtient la préférence ; car pendant qu'on paraît encore attaché au premier endroit que l'on a habité, il est à présumer que le vrai domicile y est toujours fixé.

...Au reste, il faut que deux choses concourent pour déterminer le changement de domicile, savoir, le fait et la volonté. La demeure de fait dans un endroit, sans la volonté ou l'intention de s'y fixer, ne suffit pas pour établir un domicile ; le véritable, est celui qu'on avait auparavant. De même, la volonté d'aller habiter un autre endroit, ne change pas non plus le domicile : il faut, avec cette volonté, une nouvelle demeure réelle et de fait ; mais dès que la volonté est marquée,

[ARTICLE 79.]

la nouvelle demeure [[ne fut-elle que d'un seul jour]] établit le changement de domicile : c'est ce que fait très-bien remarquer d'Argentrés sur l'art. 449 de la Coutume de Bretagne.

[[C'est d'ailleurs ce que décident expressément les loix 4 et 20 D. *ad municipalem* et l'art. 103 du code civil. Mais comment prouver l'intention en cette matière ? le code cité répond, art. 104, " la preuve de l'intention résultera d'une déclaration expresse faite tant à la Municipalité du lieu que " l'on quittera, qu'à celle du lieu où l'on aura transféré son " domicile. "

L'art. 105 ajoute : " A défaut de déclaration expresse, la preuve de l'intention dépendra des circonstances. "

Ceci s'éclaircira par les développements que contiennent les §. suivants. Mais avant de les aborder, il faut nous arrêter un moment à une question que peut faire naître le premier de ces articles.

Si sur la déclaration faite par son individu à une municipalité, de la translation de son Domicile dans l'arrondissement qu'elle administre, il intervenait un arrêté par lequel cette municipalité déclarerait qu'il y est effectivement domicilié, ou qu'il en est citoyen, cet arrêté ferait-il obstacle, tant qu'il ne serait pas réformé par l'autorité administrative supérieure, à ce que les tribunaux jugeassent le contraire ?

L'autorité municipale peut bien décider administrative-ment si une personne réside ou non de fait dans telle commune, si elle doit ou non y être imposée aux charges locales, si elle doit ou non y jouir des avantages communs à tous les habitans ; mais décider que cette personne y a un domicile proprement dit, elle ne le peut pas : ce serait, de sa part, un empiètement manifeste sur les attributions des tribunaux.

D'un autre côté, il est de principe que, lorsqu'en statuant sur un cas particulier, une autorité administrative a usurpé le pouvoir judiciaire, sa décision lie les mains aux tribu-

[ARTICLE 79.]

naux, tant qu'elle n'est pas réformée par l'autorité supérieure dans la hiérarchie de l'administration.

Si donc de ce qu'une municipalité a, par un arrêté exprès, déclaré un individu *domicilié* dans la commune qu'elle administre, ou *citoyen* de cette commune, il résultait nécessairement qu'elle a entendu décider qu'il a dans cette commune un domicile proprement dit, il n'y a nul doute qu'il ne fallut faire annuler cet arrêté par l'autorité administrative supérieure, avant de pouvoir porter la question de domicile devant les tribunaux.

Mais peut-on raisonnablement interpréter ainsi un pareil arrêté ? Non, le bon sens veut qu'on ne lui suppose pas d'autre objet que de déclarer ce qui est de la compétence de l'autorité municipale, c'est-à-dire, que tel individu supporte dans tel lieu toutes les charges et jouit de tous les avantages attachés à la résidence du fait. Il faut donc dire qu'il n'emploie le mot *domicile* que dans une acception impropre, et que par conséquent il laisse entière la question du véritable domicile.

* *Id.*, §. III, no. 3. } Ceux qui possèdent des offices de judi-
cature exigeant résidence dans les lieux
où les fonctions doivent s'en exercer, sont censés y avoir leur
vrai domicile. Mais quand ces offices ne s'exercent que par
semestre, quoique la présomption de la demeure principale
de l'officier soit pour le lieu où la juridiction tient son siège,
néanmoins on est admis à prouver que son vrai domicile
était ailleurs. On peut voir à ce sujet les arrêts cités par
Lacombe et par Brodeau.

* 6 *Dalloz*, p. 374, } [3.] On doit, ce semble, considérer le
Nos. 3, 4 et 5. } domicile comme un contrat par lequel le
domicilié s'oblige à supporter sa part des charges communales,
en même temps qu'il acquière le droit de participer à tous les
avantages de la cité. Dès lors, les conditions essentielles du

[ARTICLE 79.]

domicile sont, comme celles de tout contrat, le consentement du domicilié, et sa capacité de contracter.—Toutefois, à ces conditions constitutives du domicile, il faut en ajouter une autre également essentielle, le fait d'habitation réelle dans le lieu où l'on veut fixer son principal établissement, sans le concours de cette dernière circonstance, la volonté, même déclarée, d'habiter dans un lieu, ne manifesterait aux yeux de la loi qu'un projet abandonné ; et de même le fait isolé d'habitation, quelque prolongé qu'il fût, ne constituerait jamais qu'une simple résidence.

[4.] Inutile, après cela, de dire que le domicile, une fois acquis, l'intention suffit seule pour le conserver, puisque sans une intention contraire, on ne peut en acquérir un nouveau. Mais ce qu'il est le plus important de remarquer, c'est que l'intention de conserver son domicile est toujours présumée, surtout à l'égard du domicile d'origine, tant qu'il n'y a pas manifestation d'une volonté contraire.

[5.] En fixant le domicile au lieu où l'on a son établissement *principal*, le code civil a évidemment consacré, à la différence du droit romain, L. 6, §. 2, *ad municipalem*, le principe de l'unité du domicile réel. On ne doit donc plus distinguer aujourd'hui, comme on le faisait sous l'ancienne législation, un domicile de droit et un domicile de fait. Hors du lieu où l'on a placé le siège administratif de sa fortune, où l'on a attaché les habitudes de sa vie, et d'où l'on ne s'éloigne jamais qu'avec un esprit de retour, on ne peut avoir que de simples résidences.

Ainsi le domicile est un, *mais relativement à l'exercice des droits civils* seulement, comme le dit l'art. 102, et ces mots établissent, on le voit, un autre principe, longtemps combattu et peut être victorieusement réfuté au Conseil d'Etat, par une forte minorité, que le domicile réel est distinct et indépendant du domicile politique. Toutefois il importe de remar-

[ARTICLE 79.]

quer que l'exercice des droits politiques peut être souvent un des caractères de l'établissement principal, et servir par conséquent d'indice pour faire reconnaître le domicile civil.

Viris prudentibus placuit, disait la loi romaine, *duobus locis posse aliquem habere domicilium si utrobique se instruxit, ut non ideo minus apud alteros collocasse videatur*.

* 2 *Pand. franc.*, } 1. Le domicile est l'endroit où l'on éta-
pp. 410, 413. } blit le siège de sa fortune et de ses affaires :
le lieu dont on est regardé et dont on se regarde soi-même
comme habitant ; le lieu où l'on a sa femme, ses enfans, ses
titres, ses papiers, sa demeure habituelle ; en sorte que,
quand on en est absent, on est censé en voyage.

2. Lors des discussions au conseil, on insista beaucoup pour faire décider que le domicile civil serait au même lieu où l'on aurait le domicile politique. Le conseiller d'état Tronchet insistait beaucoup pour l'établissement de cette règle.

Il semble qu'il faudrait dire, au contraire, que le domicile politique est au même endroit que le civil ; car c'est là que le citoyen habite véritablement ; c'est là qu'il est connu ; c'est là que sa conduite et ses mœurs peuvent être bien jugés. Il est difficile de concevoir qu'un homme puisse exercer les droits politiques dans un lieu où il ne demeure point habituellement. La distinction du domicile politique et du domicile civil, est extraordinaire. Il faut être habitant, *incola*, suivant l'expressien des loix romaines, pour faire partie du corps de la commune : or c'est l'habitation, c'est le domicile qui donne cette qualité. *Incola est qui aliquâ regione domicilium suum contulit quem græci Paroikon appellant, id est juxta habitantem*. L. 239, § 2, ff. de verb. signif. Il paraît donc étrange de voir dans une assemblée communale, un homme qui n'est pas

[ARTICLE 79.]

membre du corps municipal ; un étranger, *advenam*, suivant cet autre terme du droit, que les Grecs appellent *a Poixon*, c'est-à-dire, transfuge de sa maison ; *domo profugum* (*Dict. Leg.* § 4.) Le siège de la demeure habituelle, constante et perpétuelle, au moins par l'intention, doit naturellement fixer le domicile politique.

3. Cependant la loi, comme on le voit par la manière dont cet article est conçu, distingue le domicile civil du domicile politique. Il s'ensuit que l'on peut exercer les droits politiques dans un autre endroit que celui où l'on a son domicile véritable.

La raison que l'on a donnée de cette distinction, a été que le domicile civil peut s'acquérir en un instant, au lieu qu'il faut être inscrit dans un endroit, un an avant que de pouvoir exercer les droits politiques. Il eût été peut-être facile d'accorder les deux principes, en disant, qu'en cas de changement de domicile, on ne pourrait exercer les droits politiques, qu'un an après qu'on s'y serait fait inscrire.

4. Le domicile, par sa nature, est unique, car on ne peut pas demeurer dans deux endroits à la fois ; mais le domicile n'est pas toujours dans le lieu où l'on réside de fait. De là, la distinction entre le domicile de droit, et le domicile de fait.

* 1 *Toullier*, nos. 364, } [364.] Le code civil ne s'occupe
365, 366, 367. } que du domicile civil, qui est le lieu
où une personne, jouissant de ses droits, a son principal
établissement, où elle a établi sa demeure, le centre de ses
affaires, le siège de sa fortune, le lieu d'où cette personne ne
s'éloigne qu'avec le désir et l'espoir d'y revenir, dès que la
cause de son absence aura cessé.

[365.] Les questions de domicile s'étendaient autrefois à presque toutes les matières de droit civil. Elles étaient aussi multipliées qu'importantes ; lorsque le territoire français était partagé entre une infinité de coutumes locales, dont les dis-

[ARTICLE 79.]

positions étaient différentes sur une multitude d'objets, tels que l'époque de la majorité, la communauté conjugale, la faculté, plus ou moins étendue, de disposer, les droits de primogéniture, de masculinité, de représentation en succession, etc. Il importait beaucoup alors de déterminer le véritable domicile des mineurs, des époux, des donateurs, des testateurs ou des individus morts sans avoir fait de testament.

[366.] Aujourd'hui que la législation est uniforme dans toute la France, les effets du domicile se bornent, 1o à déterminer quel est le juge naturel de la personne. Ainsi, c'est devant le juge de paix du domicile d'une personne que ses parens doivent être assemblés pour lui nommer un tuteur ou un curateur, et dans tous les cas où il est nécessaire de consulter le conseil de famille.

C'est aussi le domicile de la personne qui règle le lieu où elle doit être assignée, et, le plus souvent, le tribunal où ses affaires doivent être portées. 2o Le second effet du domicile concerne les successions. C'est le domicile du défunt, et non pas l'endroit où il est mort, qui détermine le lieu où s'ouvre la succession, et par conséquent le tribunal où doivent être portées toutes les questions qui y sont relatives, telles que les partages, le paiement des dettes, etc. 3o Enfin, un troisième effet du domicile est de déterminer le lieu où la personne doit se marier, mais le domicile nécessaire pour contracter mariage est assujéti à des règles particulières, qui seront expliquées au titre du mariage.

[367.] L'homme ne peut avoir qu'un seul domicile réel; car il ne peut en même temps placer en deux endroits le siège principal de sa fortune et de ses affaires. L'unité du domicile réel est positivement établie par l'art. 102, qui porte que le domicile de tout Français est au lieu où il a son principal établissement.

[ARTICLE 80.]

* *C. N.*, 102. } Le domicile de tout Français, quant à l'ex-
 } ercise de ses droits civils, est au lieu où il a
 son principal établissement.

80. Le changement de domicile s'opère par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y faire son principal établissement.	80. Change of domicile is effected by actual residence in another place, coupled with the intention of the person to make it the seat of his principal establishment.
--	---

* *Pothier, Introd. aux Cout.*, } Un majeur usant de ses
 No. 14, p. 5. } droits, peut changer de domicile, et le transférer en tel lieu que bon lui semble : mais il faut pour cette translation le concours de la volonté et du fait ; *domicilium re et facto transfertur non nuda contestatione*, l. 20, ff *ad municipalem*. C'est pourquoi, quelques signes qu'ait donnés une personne de la volonté qu'elle a de transférer son domicile dans un autre endroit, et quelque raison qu'elle ait de l'y transférer, elle demeure sujette à la loi de son ancien domicile, jusqu'à ce qu'elle se soit effectivement transportée sur le lieu où elle veut en établir un nouveau, et qu'elle l'y ait effectivement établi.

* ff., lib. 50, tit. 1 l. 3, 4 et 20, } [L. 3.] Placet etiam, filiosfa-
ad municipalem et de incolis. } milios domicilium habere posse:
 [L. 4.] Non utique ibi, ubi pater habuit, sed ubicunque ipse domicilium constituit [L. 20.]—Domicilium re, et facto trans-
 futur, non nuda contestatione : sicut in his exigitur, qui ne-
 gant se posse ad munera, ut incolas, vocari.

* 1 *Toullier*, } [N. 372.] Mais aussitôt que l'homme est
 p. 323. } sorti, par l'émancipation ou par la majorité,
 de la puissance de ses père et mère, il devient libre de chan-
 ger son domicile et de choisir celui qui lui convient. Pour

[ARTICLE 80.]

dissiper les doutes que ce changement peut faire naître, l'art. 103 établit en principe général qu'il ne peut s'opérer que par le fait d'une habitation réelle dans un autre lieu, joint à l'intention d'y fixer son principal établissement ; car le fait doit toujours concourir avec l'intention. La résidence la plus longue ne prouve rien, si elle n'est pas accompagnée de la volonté, tandis que, si l'intention est constante, elle opère le changement avec la résidence la plus courte, ne fût-elle que d'un jour : car du moment que le fait concourt avec l'intention, il forme ou change le domicile sans aucun délai. Il ne suffit donc pas de manifester la volonté de changer de domicile, comme il ne suffit pas de changer de résidence. L'intention qui n'est point accompagnée du fait peut n'indiquer qu'un projet resté sans exécution ; le fait qui n'est point accompagné d'intention déterminée ou manifestée, peut n'indiquer qu'un essai, qu'un déplacement passager, ou l'établissement d'une habitation secondaire : il faut, pour consommer un changement de domicile, la réunion du fait et de l'intention, tandis que, pour conserver le domicile acquis, il suffit de l'intention.

Le fait ne peut guère être douteux, mais l'intention l'est souvent. Toute la difficulté tient donc à l'embarras de reconnaître avec certitude quand l'intention se trouve réunie au fait, et l'embarras peut être grand, lorsque l'individu réside alternativement en deux endroits différents.

[373.] L'intention est expresse ou présumée, et la présomption de l'intention est légale ou simple.

* C. N., 103. { Le changement de domicile s'opérera par
le fait d'une habitation réelle dans un autre
lieu, joint à l'intention d'y fixer son principal établissement.

[ARTICLE 82.]

meure sujette aux statuts personnels de ce lieu tant qu'elle ne s'est pas établi ailleurs un véritable et perpétuel domicile.

[15.] La volonté de transférer notre domicile dans un autre lieu, doit être justifiée. Elle n'est pas équivoque, lorsque, c'est un bénéfice, une charge ou un autre emploi non amovible qui nous y appelle. En ce cas, dès que nous y sommes arrivés, nous y acquérons domicile, et nous perdons l'ancien. Au contraire, lorsque la cause qui nous appelle en un autre lieu est passagère, telle qu'un exil, ou un emploi amovible, quelque long séjour que nous y ayons fait, quoique nous y soyons décédés sans être retournés au lieu de notre premier domicile depuis que nous en sommes sortis, et quoique nous n'y ayons plus eu de demeure, nous sommes néanmoins censés avoir conservé ce premier domicile (arrêt du 5 avril 1713, au 6e. tom. du Journal des Aud.) à moins que notre volonté d'y transférer notre domicile ne parût par d'autres circonstances; comme si, par exemple, nous y avions acquis des héritages, et que nous eussions aliéné ceux que nous avions au lieu de notre premier domicile. On doit aussi présumer que nous avons voulu transférer notre domicile au lieu où nous sommes allés demeurer, si depuis que la cause passagère qui nous y retenait, a cessé *putà*, depuis la révocation de notre emploi, nous avons continué d'y demeurer pendant un temps considérable. C'est sur ce principe que la loi 2, *Cod. de incol.*, décide que celui qui avait été demeurer en une ville pour y faire des études, n'était pas censé y avoir acquis domicile, à moins qu'il n'y eût demeuré dix ans; car le temps des études ne pouvant être si long, ce long temps qu'il y a passé, fait présumer en lui la volonté d'y établir son domicile. Lorsque l'on ne connaît pas la cause pour laquelle quelqu'un est allé demeurer ailleurs qu'au lieu de son domicile, sa volonté d'y transférer son domicile, peut se prouver tant par la longueur

[ARTICLE 83.]

du temps qu'il a commencé d'y demeurer, que par d'autres circonstances, qui sont laissées à l'arbitrage du juge.

* *Cod., lib. 10, tit. 39, L. 2, de incolis,* } Nec ipsi, qui studio-
et ubi quis domicilium habere. } rum causâ aliquo loco
 morantur, domicilium ibi habere creduntur, nisi decem an-
 nis transactis, eo loco sedes sibi constituerint, secundum epis-
 tolam Divi Hadriani: nec pater, (qui) propter filium studen-
 tem frequentius ad eum commeat. Sed si aliis rationibus do-
 micilium in splendidissimâ civitate Laodiceorum habere pro-
 batus fueris, mendacium, quo minus muneribus fungaris,
 non proderit.

* *C. N., 106.* } Le citoyen appelé à une fonction publique
 } temporaire ou révocable, conservera le domi-
 cile qu'il avait auparavant, s'il n'a pas manifesté d'intention
 contraire.

* *C. L., 46.* } Celui qui accepte un office public tempo-
 } raire et précaire, conservera le domicile qu'il
 avait auparavant, s'il n'a pas manifesté d'intention contraire.

83. La femme non sépa-
 rée de corps n'a pas d'au-
 tre domicile que celui de
 son mari.

Le mineur non émanci-
 pé a son domicile chez ses
 père et mère ou tuteur.

Le majeur interdit pour
 demence a le sien chez son
 curateur.

83. A married woman,
 not separated from bed
 and board, has no other
 domicile than that of her
 husband.

The domicile of an une-
 manipated minor is with
 his father and mother, or
 with his tutor.

The domicile of a per-
 son of the age of majority
 interdicted for insanity
 is with his curator.

|[ARTICLE 83.]

* *Pothier, Introd. aux Cout.*, } [10.] Le domicile d'une per-
 Nos. 10, 11, 12, 18, 19. } sonne est aussi celui de sa fem-
 me. Comme la femme, dès l'instant de la célébration du
 mariage, passe sous la puissance de son mari, elle cesse, en
 quelque façon, d'avoir *propriam personam*, et elle ne fait plus
 qu'une même personne avec son mari. Elle perd dès cet ins-
 tant son domicile; celui de son mari devient le sien, et elle
 devient dès ce jour sujette aux statuts personnels du lieu de
 ce domicile, quoiqu'elle n'y soit pas encore arrivée. Ceci
 n'est pas contraire à ce qui sera dit ci-après, que la transla-
 tion de domicile d'un lieu à un autre, ne peut s'effectuer que
 lorsqu'on y est arrivé; car ce principe a lieu à l'égard du do-
 micile propre qu'une personne se propose d'établir, et non à
 l'égard de ce domicile que la femme ne s'établit pas elle-
 même, mais qu'elle tient de son mari. Lorsqu'une femme
 est séparée d'habitation par un jugement qui n'est suspendu
 par aucun appel ni opposition, elle peut s'établir un domicile
 qui lui devient propre.

[11.] Le domicile d'une personne est aussi celui de ses en-
 fants, jusqu'à ce qu'ils s'en soient choisi et établi un autre;
 ce qu'ils peuvent faire lorsqu'ils sont en âge suffisant pour
 cela: *Nam placet etiam et filiumfamilias domicilium habere*
posse, non utique ubi pater habuit, sed ubicumque ipse constituit
L. 3 et 4, ff. ad municip.

[12.] De tout ceci il résulte que le domicile qui oblige les
 personnes aux loix personnelles du lieu où il est établi, peut
 être de trois espèces. Il y en a un qu'on peut appeler *domi-*
cile de choix, qui est celui qu'une personne s'est choisi et
 établi elle-même. Il y a le *domicile paternel* ou *d'origine*, qui
 est celui que les enfans ont reçu de leurs parens, et qu'ils
 sont censés conserver même après la mort de leurs parens,
 tant qu'ils ne s'en sont pas choisi un autre; mais qu'ils per-
 dent même du vivant de leur père, aussitôt qu'ils s'en sont
 choisi et établi un autre. Enfin, il y a le *domicile qu'une fem-*

[ARTICLE 83.]

me tient de son mari, et qu'elle conserve, étant devenue veuve, jusqu'à ce qu'elle s'en soit choisi et établi un autre, ou qu'elle se soit remariée.

[18.] Il n'en est pas de même de la mère : la puissance paternelle étant, dans notre droit, différent en cela du droit romain, commune au père et à la mère ; la mère, après la mort de son mari, succède au droit et à la qualité de chef de la famille qu'avait son mari vis-à-vis de leurs enfans : son domicile, quelque part qu'elle juge de le transférer sans fraude, doit donc être celui de ses enfans, jusqu'à ce qu'ils aient pu s'en choisir un qui leur soit propre.

Il y aurait fraude, s'il ne paraissait aucune raison de translation de domicile que celle de se procurer des avantages dans les successions mobilières de ses enfans.

[19.] Les enfans suivent le domicile que leur mère s'établit sans fraude, lorsque ce domicile lui est propre, et que demeurant en viduité, elle conserve la qualité de chef de famille : mais, lorsqu'elle se remarie, quoiqu'elle acquière le domicile de son second mari en la famille duquel elle passe, ce domicile de son second mari ne sera pas celui de ses enfans, qui ne passent pas comme elle en la famille de leur beau-père ; c'est pourquoi ils sont censés continuer d'avoir leur domicile au lieu où l'avait leur mère avant que de se remarier, comme ils seraient censés le conserver, si elle était morte.

**Id., mariage* } Lorsque les parties contractantes sont mineu-
no. 357. } res, leur curé, qui doit célébrer leur mariage,
est celui du lieu de la demeure de leurs père et mère, tuteur
ou curateur, quand même elles auraient ailleurs un domicile
de fait ; sauf qu'en ce cas leurs bans doivent aussi être pu-
bliés en la paroisse du lieu de ce domicile de fait. C'est la
disposition de l'édit du mois de mars 1697, où il est dit :
" Déclarons que le domicile des fils et filles de familles mi-

[ARTICLE 83.]

“ neurs de vingt-cinq ans, pour la célébration de leur mariage,
 “ est celui de leurs père. mère ; ou de leur tuteur ou cura-
 “ teur, après la mort de leurs dits père et mère ; et en cas
 “ qu’ils aient un autre domicile de fait, ordonnons que les
 “ bans seront publiés dans les paroisses où ils demeurent, et
 “ dans celles de leurs pères, mères, tuteurs ou curateurs.

* 2 *Pand. franç.*, } La femme mariée ne faisant qu’une
 p. 423. } seule et même personne avec son mari,
 sous la puissance duquel elle est, il s’ensuit qu’elle ne peut
 avoir d’autre domicile que celui de son mari. *Et quæ des-*
ponsata est, ante contractas nuptias, domicilium non mutat (L. 32,
ff. ad municip. et de incol.). Donc elle le change, et prend celui
 de son mari après les noces, suivant la maxime *qui dicit de uno*
negat de altero. D’ailleurs, il y a des textes formels. *Nam Anto-*
nius et Verus, item rescripserunt mulierem quandiù nupta est
incolam ejusdem civitatis videri, cujus maritus ejus est. (L. 38,
ff. ad municip. § 3).

[16.] La femme mariée a le même domicile que son mari ;
 et n’en a point d’autre ; quant même elle demeurerait ail-
 leurs que dans la maison du mari, soit de son consentement,
 soit par tolérance.

Si elle était marchande publique, elle aurait un domicile
 dans le lieu de son établissement, pour les affaires de son
 commerce ; mais, pour tous les autres cas, elle conserverait
 toujours son domicile véritable chez son mari.

La femme mariée conserve même ce domicile, dans la
 maison maritale, après la mort de son mari, tant qu’elle n’a
 point manifesté l’intention de s’en constituer un autre. *Vidua*
mulier domicilium amissi mariti retinet. (L. 22, § 1. *ff. ad mu-*
nicip.)

La femme séparée de corps et de biens, n’étant plus sou-
 mise, quant à sa personne, au pouvoir de son mari, ni obligée
 de demeurer avec lui, n’a plus le même domicile que lui.

[ARTICLE 83.]

Elle en a un qui lui est propre, dans le lieu où il lui convient de l'établir.

[17.] Le mineur, non émancipé, n'a point d'autre domicile que celui de ses père et mère ; c'est-à-dire, celui du père, tant qu'il vit. Le mineur qui demeurerait avec sa mère, séparée de corps, ou divorcée, et qui, en conséquence, aurait un domicile personnel, n'en conserverait pas moins le sien chez son père, et il ne l'aurait point chez sa mère.

C'est ce qui a été jugé par le tribunal civil du département de la Seine, à Paris, en l'an 4.

L'enfant d'un habitant d'Orléans, demeurait, depuis longtemps à Paris, avec sa mère, divorcée. On provoqua, à Paris, la nomination de tuteur, contre l'avis de l'un de nous. Deux tuteurs furent nommés, l'aïeul paternel d'une part, la mère de l'autre. La contestation portée à l'audience, le tribunal, sur les conclusions du commissaire, déclara toute la procédure, faite à Paris, nulle, et renvoya, devant le juge de paix du domicile du père. Ce jugement était conforme aux vrais principes.

Après la mort du père, le domicile du mineur, non-émancipé, est chez sa mère ; à moins qu'elle n'ait été écartée de la tutelle ; car, à défaut de père et mère, c'est chez le tuteur que le mineur, non-émancipé, a son domicile.

Les termes, *non émancipés*, insérés dans cet article, sont conformes à l'ancien droit. De tout temps, en effet, le mineur émancipé a pu avoir un domicile à lui ; et le constituer où bon lui semblait. Si le mineur émancipé conserve un domicile de droit, chez son curateur, ce n'est que pour le cas du mariage, et faire publier les bans dans le lieu où demeure ce curateur.

[18.] Les auteurs du Répertoire Universel de Jurisprudence, au mot *Domicile*, disent que le fils de famille, tant qu'il est en la puissance de son père, ne peut pas avoir d'autre domicile que

[ARTICLE 83]

lui. C'est une erreur. Les loix romaines, même, décident textuellement le contraire. *Filius civitatem ex qua pater ejus naturalem originem ducit, non domicilium sequitur. Placet etiam et filios familias domicilium habere posse.* (LL. 3 et 6, §. 1, ff. ad municip.)

Ainsi, en disant que le mineur émancipé, quoiqu'ayant encore père et mère, peut avoir un domicile séparé, le code s'est conformé même au droit romain.

Remarquez, au reste, qu'il faut que l'intention de ce mineur de se constituer un domicile séparé, soit bien évidente; comme si, en se mariant, il a pris une demeure, et un établissement où il se soit fixé avec sa femme; car dans le doute, la présomption est toujours en faveur du domicile d'origine, et paternel.

[19.] Il est évident que l'interdit n'a point d'autre domicile, que celui de son curateur, puisqu'il est incapable de tous les actes civils, soit naturellement soit, en vertu de la loi.

Il n'en est pas de même du citoyen à qui on a seulement donné un conseil, il ne perd pas l'exercice des droits civils. Il n'éprouve qu'une gêne dans leur usage. Il conserve, en conséquence, le domicile qu'il avait, et peut, quand bon lui semble, s'en constituer un nouveau.

* C. N., 108. } La femme mariée n'a point d'autre domicile que celui de son mari. Le mineur non émancipé aura son domicile chez ses père et mère ou tuteur; le majeur interdit aura le sien chez son tuteur.

* C. L., 48. } La femme mariée n'a point d'autre domicile que celui de son mari; le mineur non émancipé aura son domicile chez ses père et mère ou tuteur; le majeur interdit a aussi le sien chez son curateur.

[ARTICLE 84.]

84. Les majeurs qui servent ou travaillent habituellement chez autrui, ont le même domicile que la personne qu'ils servent ou chez laquelle ils travaillent, lorsqu'ils demeurent avec elle dans la maison.	84. The domicile of persons of the age of majority, who serve or work continuously for others, is at the residence of those whom they serve or for whom they work, if they reside in the same house.
--	---

* *ff., ad municip. et de incol., lib. 50, tit. 1, L. 6, § 3.* } Libertini originem patronorum vel domicilium sequuntur : item, qui ex his nascuntur.

ff. Loc. cit. L, 22. } Filii libertorum libertarumque, liberti patrum et patroni manumissoris domicilium aut originem sequuntur.

* 8 *Merlin Rép., vbo. Domicile, §. 4, No. 2.* } ...Aujourd'hui, les question de domicile ne présentant plus les mêmes intérêts que dans l'ancienne jurisprudence, puisqu'elles ne tendent jamais qu'à faire décider en quel lieu telle personne peut être assignée en matière personnelle, en quel lieu elle peut se marier, et quel est, après sa mort, le juge de l'ouverture de sa succession ; le législateur a cru devoir établir, relativement au domicile des domestiques, une règle plus simple et plus indépendante des circonstances particulières. En conséquence, le code civil décide textuellement, art. 109, que " les majeurs qui servent ou travaillent " habituellement chez autrui, ont le même domicile que la " personne qu'ils servent, ou chez laquelle ils travaillent, " lorsqu'ils demeurent avec elle dans la maison. " Et comme le disait M. Mouricault, tribun, à la séance du corps législatif du 18 vendémiaire, an 11, " c'est en effet dans ce lieu que doit " être présumé placé l'établissement principal de l'individu

[ARTICLE 84.]

“ que son service ou son travail y retient, de l'individu dont
 “ ce service ou ce travail journalier forme le moyen d'exis-
 “ tence ou constitue l'état.”

* 2 *Pand. franç.*, } *C. N.*, 109—“ Les majeurs qui servent,
 p. 427. } ou travaillent habituellement chez au-
 “ trui, auront le même domicile que la personne qu'ils servent,
 “ ou chez laquelle ils travaillent, lorsqu'ils demeureront avec
 “ elle dans la même maison.”

[20.] Cet article décide une question autrefois fort contro-
 versée. On doutait si la commoration, pour un service, ou
 un travail habituel, attribuait le domicile.

Un arrêt du 13 Aout 1763, avait jugé la négative, au sujet
 de la succession d'un Sieur Nicolas Sautereau, qui avait été
 employé comme intendant du marquis de Bonnelle, depuis
 1724, jusqu'en 1760, époque de son décès. Il était nourri et
 logé chez son maître. Il était à ses gages, et subordonné à ses
 volontés. Cinq avocats décidèrent, par une sentence arbitrale,
 qu'il avait conservé son domicile d'origine, qui était en Bour-
 gogne ; et l'arrêt a confirmé cette décision.

Au contraire, une sentence du Châtelet, du 6 mai 1768, a
 jugé qu'un domestique, décédé chez un fermier général, où
 il avait demeuré vingt ans, avait son domicile chez son maî-
 tre.

La disposition de l'article 109, fixe toutes les incertitudes à
 cet égard.

**C. N.*, 109. } Cité aux Pandectes.

[ARTICLE 85]

85. Lorsque les parties à un acte y ont fait, pour son exécution, élection de domicile dans un autre lieu que celui du domicile réel, les significations, demandes et poursuites qui y sont relatives, peuvent être faites à domicile au domicile convenu et devant le juge de ce domicile.	85. When the parties to a deed have for the purpose of such deed, made election of domicile in any other place than their real domicile, all notifications, demands and suits relating thereto may be made at the elected domicile, and before the judge of such domicile.
--	---

* *Loyseau, des Seigneuries*, } Même on observe aujourd'hui
Ch. 14, no. 15 } en plus forts termes, que les sujets de la justice primitive du Roy, ne peuvent proroger juridiction en une autre Cour royale, que la leur, non pas même par une élection de domicile contractuel, qui n'a effet que pour les exploits et significations, et non pas pour transférer la juridiction, encore que par telle prorogation le Roy ne puisse rien perdre ; mais c'est d'autant que les juridictions sont réglées et limitées par un droit public, auquel partant les particuliers ne peuvent déroger. Ainsi, on garde en France la décision canonique du chap. *Si diligenti. Ext. de foro compet.* et non pas la civile des loix *Si quis in conscribendo. C. De Episc. et cler. etc. pact.* comme Bacquet a bien remarqué au 5. chap. du 3e. livre.

* *Bacquet, Droits de Justice*, } Mais quand le domicile est
Ch. 8, no. 16. } contractuel, et que pour l'exécution du contrat, on a élu certain domicile en la rue de la Harpe, en la maison où pend pour enseigne l'Arbaleste, en laquelle tel est demeurant, pour y faire tous les adjournemens, significations, sommations, dénunciations, commandemens, exploits et actes qui seront nécessaires pour l'exécution

[ARTICLE 85.]

et accomplissement du contrat, circonstances et dépendances d'icelui : et est convenu que les dits exploits seront de tel effet, que s'ils étaient faits aux personnes, ou au vrai domicile et demeure des contractans, et que le dit domicile ne pourra être révoqué, pour quelque cause et occasion que ce soit, en sorte qu'il est incommutable et irrévocable : les exploits et adjournemens faits au domicile, ainsi convenu et élu, sont bons et valables ; encore que celui qui était demeurant en la maison, lequel vray-semblablement devait avertir la partie soit décédé, et que ce mot de *irrévocable*, ne soit porté par le contract : comme ce domicile estant plutôt réel, que personnel, ainsi qu'il a été jugé par arrêt de la Cour, donné en plaidoirie le 2 juillet 1592.

Ainsi on maintient le domicile élu n'estre point révoqué par la mort de celui qui l'avait élu, et que les commandemens et adjournemens faits au dit domicile sont bons et valables, pour le regard des héritiers de celui qui l'avait élu, soit pour interrompre la prescription des cinq ans des arrérages de la rente constituée, ou pour autre cause : comme le domicile étant transmis aux héritiers, tout ainsi que les actions descendantes du contrat, sont transmises en leurs personnes, et comme l'élection de ce domicile faisant partie du contrat.

*8 *Merlin, Vo. Domicile* } 1. Il arrive quelquefois que les par-
élu, §. 2. } ties, à la suite d'un acte, font une
 élection de domicile dans un endroit pour l'exécution de cet
 acte, au cas qu'il faille en venir à des significations et à des
 sommations. Cette élection de domicile est valable et regar-
 dée même comme faisant une des conditions de l'acte ; de
 sorte qu'on peut faire toutes sortes de significations à ce do-
 micile, pour tout ce qui peut être relatif à la convention pas-
 sée. Ce domicile est même attributif de juridiction au juge
 du lieu où le domicile a été élu, *pourvu que l'une des parties*

[ARTICLE 85.]

soit naturellement justiciable de ce juge : autrement on aurait lieu de croire que l'élection de domicile n'a été concerté que pour se soustraire à l'autorité du juge légitime. (M. Dareau tome VIII.)

2. Quant à notre législation actuelle sur cette matière, elle est fixée par l'art. 111 du code civil, qui est ainsi conçu :
 “ lorsqu'un acte contiendra, de la part des parties ou de l'une
 “ d'elles, élection de domicile pour l'exécution de ce même
 “ acte dans un autre lieu que celui du domicile réel, les si-
 “ gnifications, demandes et poursuites relatives à cet acte,
 “ pourront être faites au domicile convenu, et devant le ju-
 “ ge de ce domicile. ”

Cet article donne lieu à plusieurs questions qu'il faut examiner successivement.

* *Id., loc., cit. no. 1* } La disposition de cet article est-elle ap-
 3. *cité par Dard. 1* } plicable à l'élection de domicile faite en
 France par des étrangers qui y passent un acte ?

Par contrat passé devant notaire à Paris, et contenant élection de domicile chez un banquier de la même ville, trois Hollandais achètent du Sieur Dewilt, leur compatriote, un domaine situé en France. Le vendeur les poursuit d'abord en paiement du prix devant les juges d'Amsterdam. Mais ensuite, préférant exercer le droit de réméré qu'il s'est réservé par le contrat, il les fait assigner à cet effet devant le tribunal de première instance du département de la Seine.

Les acquéreurs demandent leur renvoi devant leurs juges naturels, déjà saisis d'une action connexe à celle dont il s'agit.

Jugement qui les renvoie à se pourvoir en règlement de juges, comme s'il était question d'un conflit entre deux tribunaux français.

Mais sur l'appel, arrêt du 23 thermidor, an 12, qui, “ atten-
 “ du qu'il est question d'un contrat fait en France, avec
 “ élection de domicile qui emporte soumission aux tribunaux

[ARTICLE 85.]

“ *français*, et pour une propriété française sur laquelle les
 “ tribunaux de France peuvent seuls rendre des jugements
 “ exécutoires, dit qu’il a été mal jugé, et renvoie les parties
 “ à procéder devant le tribunal civil de la Seine.

(Jurisprudence de la Cour de Cassation, tome 7, partie 2, page 944).

N. IV.—Pour opérer les effets déterminés par l’art. III, faut-il que l’élection de domicile soit expresse ? s’induit-elle de la simple obligation de payer dans un lieu où l’on n’est pas domicilié ?

L’art. III “ conserve à chaque individu le droit de déroger
 “ aux règles établies par la loi pour fixer son domicile. Mais
 “ il faut que cette dérogation *soit stipulée* dans chacun des
 “ actes auxquels elle se rapporte.” Ainsi, s’exprimait l’orateur du tribuna sur cet article (M. Malherbe, tome 1, page 216) ; et c’est assez dire que la loi n’admet pas d’élection implicite de domicile.

En effet, élire un domicile dans un lieu où l’on n’est pas domicilié, c’est renoncer au droit que l’on a de ne pouvoir être assigné que dans son propre domicile et devant son juge naturel. Or, il est de principe que la renonciation à un droit quelconque, ne se présume pas, et qu’il faut qu’elle soit expresse (*Voët, commentarii in pandectas*, titre *de constitutionibus principum*, No 22.) On ne peut donc pas, en thèse générale, établir une élection de domicile par de simples conjectures.

Il est vrai que, dans le droit romain, quiconque s’obligeait de payer dans un lieu, était censé se soumettre, par cela seul, à la juridiction du juge de ce lieu et pouvait à défaut de paiement, être assigné devant lui. (Loi 19, §. 4, *D. de judiciis*)

Mais d’où cela venait-il ? De ce que les contrats étaient en général, attributifs de juridiction aux juges des lieux où ils étaient passés (même loi, §. 1 et 2) et qu’ils étaient toujours

[ARTICLE 85]

réputés passés dans le lieu où devait se faire le paiement. (Loi 21. *D. de obligationibus et actionibus*).

Or, il y a longtemps que cette raison fondamentale du point de droit romain dont il s'agit, n'est plus reconnue en France. Tous nos anciens auteurs attestent que le lieu de la passation d'un contrat n'est d'aucun effet pour déterminer la compétence du tribunal où doit être portée la connaissance des différends qui naissent de ce contrat ; et notre législation n'en dispose autrement que pour deux sortes d'obligations : pour celles qui sont relatives au commerce, et pour celle que des étrangers contractent en France envers des Français.

Ainsi, qu'un négociant soit censé faire élection de domicile dans un lieu où il ne demeure pas, par cela seul que des marchandises lui sont fournies dans ce lieu et qu'il s'oblige d'y en payer le prix, ou par cela seul qu'il tire, accepte ou endosse une lettre de change qui y est payable ; qu'un étranger soit censé faire élection de domicile en France, par cela seul qu'il y contracte avec un Français ou qu'il s'oblige envers lui d'y faire un paiement, rien de plus simple.

Mais, hors ces cas, point d'élection de domicile présumée.

N. V.—Le pouvoir donné à un mandataire, qui n'en a point fait usage, d'élire domicile par le contrat qu'il devait passer en cette qualité, équivaut-il, contre le mandant, à une élection effective dans la demeure du mandataire ?

Pour qu'il y ait élection de domicile avec les effets que l'art. III en fait résulter, il ne suffit pas qu'une partie ait eu l'intention de la souscrire ; il faut encore que l'intention qu'elle en a eu, ait été exécutée ; il faut par conséquent que l'élection de domicile ait été souscrite effectivement.

Or, que fait le mandant, lorsque, par sa procuration, il charge le mandataire qui doit passer un contrat pour lui, d'élire un domicile par ce contrat ? Il manifeste bien l'intention de se soumettre à la juridiction, soit du juge du lieu où le

[ARTICLE 85.]

contrat sera passé, soit de tout autre juge que le mandataire trouvera à propos de désigner. Mais il n'exécute pas encore cette intention ; ce n'est encore, de sa part, qu'un projet. Il peut, tant que le contrat n'est pas passé, révoquer le pouvoir qu'il a donné de le passer en son nom. Il peut à plus forte raison, modifier ce pouvoir et en retrancher la faculté d'élire domicile. Or, qu'importe qu'il l'en retranche personnellement par un acte exprès, ou que le mandataire l'en retranche lui-même de son propre mouvement, ou, en d'autres termes, qu'il n'en fasse pas usage ? L'élection de domicile n'est pas plus consommée dans un cas que dans l'autre ; elle ne peut donc pas plus, dans un cas que dans l'autre, conférer au tiers avec qui le mandataire traite au nom du mandant, le droit de poursuivre le mandant devant un autre juge que celui de son domicile.

D'ailleurs, cet autre juge quel serait-il ? Le mandataire n'en a désigné aucun.

Voudrait-on que par son silence, le mandataire fut censé avoir désigné son propre juge ? Mais quel serait le fondement, parlons plus juste, quel serait le prétexte d'une interprétation aussi bizarre ? Et comment accorder un pareil système avec la volonté bien constante de la loi de ne pas admettre d'élection tacite de domicile ?

Ce système cependant a prévalu dans une affaire qui a été portée à la Cour de Cassation. (Arrêt du 24 Juin 1806.).....
...Que dire d'un arrêt aussi extraordinaire ? *Legibus, non exemplis judicandum est.*

N. VI.—Quel est l'effet d'une élection de domicile stipulée par un acte séparé de celui auquel elle se rapporte ?

A s'en tenir judaïquement aux termes de l'art. III, l'élection de domicile qui serait stipulée par un acte séparé du contrat dont elle aurait l'exécution pour objet, n'opèrerait pas les effets déterminés par cet article ; et c'est ce que l'ora-

[ARTICLE 85]

teur du gouvernement et celui du tribunal semblent avoir voulu faire entendre en disant, le premier : “ La loi exige “ que l’élection de domicile soit faite dans l’acte même auquel “ elle se réfère, (M. Emmery, exposé des motifs, procès-verbal “ du 12 Ventôse, an II, tome 2, p. 468), ” et le second : “ Il “ faut que cette dérogation soit stipulée dans chacun des actes “ auxquels elle se rapporte. ”

Cette doctrine serait au surplus calquée sur la manière dont Cujas concilie deux loix romaines qui sont relatives aux conventions de cette nature.....

Mais comment concevoir qu’une pareille distinction soit entrée dans les vues de l’article III, et qu’elle ait servi de boussole aux orateurs du gouvernement et du tribunal dans l’exposé, de cet article ? “ Dans nos mœurs, on ne fait aucune “ différence entre les pactes nus et les pactes ajoutés aux con- “ trats ! les uns sont aussi sacrés que les autres ; et ceux-là “ produisent comme ceux-ci, tous les effets que les parties “ ont voulu leur attribuer, ” (Conclusions données à l’audience “ de la Cour de Cassation, le 7 prairial, an 13, et rapportées “ au mot Déclinatoire. §. 1.)

Quelles raisons y aurait-il, d’après cela, de ne pas regarder comme obligatoire, l’élection de domicile qui serait consentie par un acte séparé du contrat auquel elle se référerait ? Eh ! ne sent-on pas que cet acte, par cela seul qu’il serait additionnel au contrat, serait censé en faire partie, et qu’ils s’identifieraient l’un avec l’autre ? Qu’importe au surplus que l’art. III ne parle que du cas où un acte contiendra, de la part des parties ou de l’une d’elles, élection de domicile pour l’exécution de cet acte ? Ce cas est le plus ordinaire, et voila pourquoi le législateur s’en occupe ; *nam ad ea potiùs debet aptari jus quæ et frequenter et faciliè quàm quæ perrarò eveniunt*, dit la loi 5, *D. de legibus*. Mais ce n’est pas une raison pour exclure de sa disposition un cas, qui tout rare qu’il est, en

[ARTICLE 85.]

est également susceptible et auquel s'en appliquent tous les motifs. *Non possunt* (dit la loi 12, D. au même titre) *omnes articuli sigillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendere; sed cum in aliquâ causâ sententia eorum manifesta est, is qui jurisdictioni præest ad similia procedere atque ita jus dicere debet.* (V. d'ailleurs le No. suivant.)

N. VII. Lorsqu'une partie contractante a fait élection de domicile dans sa propre demeure, peut elle y être assignée même après qu'elle a transféré ailleurs son domicile réel ?

“ Lorsque les contractants ont élu domicile en leur demeure déclarée dans l'acte, ils consentent par là que tous les exploits auxquels l'exécution de l'acte pourra donner lieu, soient valablement faits à ce domicile, quoiqu'ils changent de demeure. ” (Nouveau Denizart, au mot domicile, §. 6.)

Telle était la règle de l'ancienne jurisprudence. L'art. III y déroge-t-il ?

On peut dire pour l'affirmative, qu'il n'adopte que pour le cas de l'élection de domicile dans un autre lieu que celui du domicile réel, les effets que l'ancienne jurisprudence attribuait à l'élection contractuelle de domicile en général, et que par conséquent il en exclut le cas où l'élection de domicile serait faite dans le lieu où demeure réellement la partie contractante qui la souscrit.

Mais raisonner ainsi, c'est argumenter à *contrario sensu*, et cette manière d'argumenter est souvent fautive.

Quel est le principe sur lequel est fondé l'art. III ? C'est que, comme l'établit la loi 29, *C. de pactis* les parties contractantes peuvent renoncer, par leurs conventions, au droit qu'elles ont réciproquement de décliner la juridiction des tribunaux dont elles ne sont pas justiciables.

Et que fait l'article III ? Il applique ce principe à l'élection de domicile dans un autre lieu que le domicile réel ; mais en

[ARTICLE 85.]

l'y appliquant, il ne l'y restreint pas. Il ne forme donc aucun obstacle à ce qu'on applique le même principe à l'élection de domicile dans le lieu où est actuellement domiciliée la partie qui la souscrit, et à ce qu'on donne tout son effet à cette clause, lorsqu'arrive le cas pour lequel la stipulation en a été faite, c'est à-dire, lorsque cette partie transfère ailleurs son domicile réel.

La question s'est présentée deux fois depuis la promulgation du code civil ; mais il se trouvait, dans la première espèce une particularité qui la plaçait hors de la thèse générale.

Le sieur Achard, receveur de l'enregistrement à Niderbronn, où il n'avait qu'une résidence temporaire, avait acquis des sieur et dame Haindel divers immeubles ; et il avait fait par le contrat, *élection de domicile dans sa demeure*. Peu de temps après, promu au grade de vérificateur à Lyon, il avait quitté Niderbronn. Les choses en cet état, les créanciers de ses vendeurs le font assigner à Niderbronn et devant le juge territorial de cette commune, en rescision du contrat de vente. Il se présente sur l'assignation, et demande son renvoi devant le juge de son domicile. Par arrêt du 5 août 1809, la cour d'appel de Colmar le juge valablement assigné.

“ Attendu que c'est une erreur de sa part d'avoir prétendu
 “ qu'ayant simplement élu domicile *en sa demeure*, et non
 “ dans un autre lieu que celui de sa demeure, et l'ayant
 “ quitté, il eût dû être cité et assigné là où il avait transféré
 “ son nouveau domicile réel ; mais le sieur Achard qui, à
 “ raison de son état de receveur de l'enregistrement, ne pou-
 “ vait avoir qu'un domicile temporaire, et qui prévoyait bien
 “ que la vente dont il s'agit, pourrait donner lieu à des ac-
 “ tions réelles, a voulu conserver un domicile sur les lieux,
 “ même après qu'il serait obligé de le quitter, lorsqu'il serait
 “ appelé ailleurs, comme cela est arrivé, puisqu'il est actuel-
 “ lement vérificateur à Lyon ; et c'est pour cela qu'il a voulu
 “ que sa demeure momentanée à Niderbronn, devint pour

[ARTICLE 85.]

“ lui un domicile d’élection permanent, à raison de la vente
 “ en question ; ”

“ Et ce qui le prouverait d’autant plus c’est que les appe-
 lants ont plaidé que, dans deux autres causes semblables pen-
 dantes à la cour, entre les mêmes parties, plus quatre co-
 “ acquéreur du Sieur Achard, par differens contrats, lesquels
 “ y ont de même fait élection de domicile en la demeure du
 “ Sieur Achard, conjointement avec celui-ci, il y est dit qu’ils
 “ consentent la validité de tous actes et exploits de justice à
 “ faire en vertu du contrat, *nonobstant absence ou changement*
 “ *de demeure* : ainsi, dans l’espèce le Sieur Achard, a été va-
 lablement cité et assigné en son domicile élu à Nider-
 “ bronn.”

Il est vrai que cet arrêt a été cassé le 29 Mai 1811 ; mais
 il l’a été par un motif qui en présume nécessairement le
 bien-jugé sous le rapport dont il est ici question.

La seconde espèce était dégagée de toute circonstance par-
 ticulière.

Par actes notariés des 14 Novembre 1806 et 21 Jan-
 vier 1809, le Sieur Jouenne, domicilié à Bonneuil, arrondis-
 sement de Pontoise, reconnaît devoir différentes sommes au
 Sieur Saint-Julien, domicilié à Paris. Il est dit à la fin de
 deux actes, que, *pour l’exécution des présentes, les parties font*
élection de domicile en leurs demeures susdites.

Le Sieur Jouenne transfère ensuite son domicile à Mai-
 nemare, arrondissement de Neuf-Chatel.

Le 25 Avril 1814, le Sieur Saint-Julien fait signifier au
 Sieur Jouenne un commandement de payer les sommes
 qu’il lui doit ; et il lui fait faire cette signification *au domi-*
cile par lui élu à Bonneuil.

Par suite de ce commandement, le domaine que le Sieur
 Jouenne possède à Bonneuil, est frappé d’une saisie réelle.

Le sieur Jouenne en demande la nullité, sur le fondement
 que la signification du commandement aurait dû lui être

[ARTICLE 85.]

faite à Mainemare, lieu de son domicile actuel, et que le domicile qu'il avait élu à Bonneuil dans sa propre demeure, par les actes de 1806 et 1809, avait cessé.

Jugement qui rejette ce moyen, " Attendu que les titres " en vertu desquels le sieur Saint-Julien a fait procéder à la " saisie immobilière dont il s'agit, contiennent, pour leur " exécution, élection de domicile à Bonneuil de la part du " sieur Jouenne. "

Appel ; et le 12 Décembre 1812, arrêt de la Cour de Paris qui, adoptant les motifs des premiers juges, met l'appellation au néant.

Recours en cassation de la part du sieur Jouenne, fondé sur une prétendue contravention à l'art. 68 du code de procédure, lequel veut, sous la peine de nullité prononcée par l'art. 70, que tout exploit soit signifié *à personne ou à domicile*.

Vainement, dit-il, a-t-on argumenté de l'élection de domicile que j'ai faite à Bonneuil par les actes de 1806 et 1809. Bonneuil était alors mon véritable domicile, et l'art. III du code civil en prononce implicitement la nullité, puisqu'il ne permet l'élection de domicile qu'autant qu'elle porte *sur un autre lieu que celui du domicile réel*. Mais quand il serait permis aux contractans d'élire domicile dans leurs propres demeures, à l'effet de pouvoir y être poursuivis et assignés en cas qu'ils vinssent à changer de demeure, encore faudrait-il que leur intention à cet égard fut clairement exprimée : Or, que lisons-nous dans les actes de 1806 et 1809 ? Rien autre chose, si ce n'est que, *pour l'exécution des présentes, les parties font élection de domicile en leurs demeures susdites*. Mais ne sait-on pas que c'est là une clause de pur style que l'on insère dans tous les actes sans y attacher la moindre importance, sans en prévenir les contractants, et souvent sans que les notaires eux-mêmes en connaissent l'effet.

Cette dernière raison était sans contredit la plus plausible de toutes celles qu'employait le sieur Jouenne : mais elle ne

[ARTICLE 85.]

pouvait être d'aucun poids aux yeux des magistrats obligés de prendre les actes tels qu'ils sont.

Aussi, la demande en cassation du sieur Jouenne a-t-elle été rejetée par arrêt du 24 Janvier 1816 ?

“ Attendu que l'art. III du code civil confère aux parties, la faculté d'élire domicile pour l'exécution des actes qu'elle contractent ;

“ Que, si cet article énonce que l'élection de domicile sera faite dans un autre lieu que celui du domicile réel, cette locution est démonstrative et nullement limitative ; qu'en effet, il n'est aucune raison plausible de restreindre l'exercice de ce droit introduit indistinctement dans l'intérêt des parties, pour rendre plus facile l'exécution des actes qu'elles contractent. Journal des Audiences de la Cour de Cassation, année 1806, page 122.)

N. VIII.—L'élection contractuelle du domicile opère-t-elle les effets déterminés par l'art. III; entre d'autres personnes que les parties contractantes ?

“ L'élection de domicile ne peut avoir d'effet que pour l'exécution de l'acte auquel elle se rapporte. Ainsi, le système de la loi est toujours le même entre toutes autres personnes que celles qui ont contracté ou leurs ayant droit ; je dis *leurs ayant droit*, parceque l'effet de la stipulation permise n'ayant pas été limité aux seuls contractans, il est évident qu'il se transmet comme toutes les autres actions !

Tel a été le langage de l'orateur du tribunat (M. Malherbe, tome 1er., page 216) dans la discussion du titre *du domicile*, devant le corps législatif. Pour établir la parfaite conformité au véritable esprit de la loi, et fixer en même temps la juste étendue qu'on doit lui donner, il faut subdiviser en trois questions séparées, la question générale qu'il résout.

1o. L'élection contractuelle de domicile se transmet-elle tant activement que passivement aux ayant droit des parties contractantes

[ARTICLE 85.]

Les ayant droit des parties contractantes sont en leur lieu et place ; ils les représentent, soit quant à ce qui fait l'objet du contrat, soit universellement ; ils doivent donc être, quant aux effets actifs et passifs de l'élection de domicile, de la même condition qu'elles.

Ainsi, nul doute que les créanciers d'un contractant qui a stipulé une élection de domicile, ne puissent, lorsqu'ils exercent ses droits en vertu de l'art. 1166 du code civil, faire assigner son co-contractant au domicile élu par celui-ci ; et c'est ce qu'a jugé l'arrêt déjà cité de la cour d'appel de Colmar, du 5 Août 1809. (Jurisprudence de la Cour de Cassation, tome II, partie 2, page 369.) Nous avons déjà dit, No. 6, que cet arrêt avait été cassé le 29 Mai 1811, mais par un motif étranger à notre question.)

Par la même raison, l'héritier de celui qui a souscrit une élection contractuelle de domicile et s'y est soumis, ne peut pas se dispenser de l'exécuter et d'en supporter les suites. C'est la conséquence nécessaire du principe que l'héritier n'est considéré, quant aux effets tant actifs que passifs d'un contrat, que comme une seule et même personne avec le contractant qu'il représente.

Cependant Ferrière (Dictionnaire de Pratique, au mot domicile) a soutenu qu'on ne pouvait pas assigner un héritier au domicile que le défunt avait élu par un contrat.

Mais, avant lui, Bacquet avait enseigné le contraire (Traité des droits de justice, chap. 8, No. 16): " On maintient (ce sont
" les termes de celui-ci) le domicile élu n'être point révoqué
" par la mort de celui qui l'avait élu, et que les commande-
" mens et l'ajournement faits au dit domicile, sont bons et
" valables, pour le regard des héritiers de celui qui l'avait
" élu...., comme le domicile étant transmis aux héritiers, tout
" ainsi que les actions descendantes du contrat, sont trans-
" missibles en leurs personnes, et comme l'élection de ce do-
" micile faisant partie du contrat. "

[ARTICLE 85.]

Bacquet ajoute qu'en cela l'élection de domicile par contrat diffère de l'élection de domicile par acte de procédure ; et en effet, l'élection de domicile par un acte de procédure, n'est qu'une procuration *ad lites* ; or, il est de principe que toute procuration de cette nature, par cela seul qu'elle est révocable à volonté, finit par la mort du constituant : au lieu que l'élection de domicile par contrat est nécessairement irrévocable (comme on l'établira plus particulièrement ci-après, No. 10), et qu'à ce titre, elle oblige l'héritier tout aussi bien que les autres clauses de l'acte dans lequel elle est insérée.

Aussi trouvons-nous dans le recueil d'Asande, liv. 1, tit. 1, def. 3, un arrêt du Conseil Souverain de Frise, du 24 novembre 1612, qui juge valable l'assignation donnée à un héritier devant le tribunal dont le défunt avait, par un contrat exprès, prorogé la compétence. *Hæres enim*, dit à ce sujet l'arrêtiste, *censetur una eademque persona cum defuncto ; et ad quod poterat compelli defunctus, potest etiam compelli hæres ejus* : maximes qu'il justifie par la loi 59. *D. de regulis Juris* ; et par la loi 44. *D. ad senatus consultum trebellianum*.

L'arrêt du conseil privé du 28 avril 1645 (qui est cité dans le plaidoyer du 7 prairial, an 13, rapporté au mot Déclinaire, §. 1.), juge la même chose ; une veuve prétendait n'être pas liée par l'élection de domicile que son mari avait faite par une transaction, et refusait par conséquent de plaider devant le tribunal à la juridiction duquel il s'était soumis par cette élection ; mais sa prétention à échouée.

20. Le cessionnaire d'une obligation par le titre de laquelle le débiteur a élu un domicile hors de sa demeure ordinaire en fait-il valablement signifier le transport à ce domicile ? Remplit-il, par une signification ainsi faite, la condition de laquelle l'art. 1670 du code civil fait dépendre sa saisine à l'égard des tiers.

L'art. 108 de la Coutume de Paris renfermait la même disposition que l'art. 1690 du code civil ; et voici ce qu'écrivait

[ARTICLE 85.]

Brodeau sur le premier de ces articles : “ Bien que la Coutume requière la signification du transport à être faite à partie, il suffit, suivant l’ordonnance, qu’elle soit faite au domicile de la partie, quoique l’on ne parle pas à la personne, ce qui s’entend du domicile actuelle du débiteur, *“ ou de celui qu’il avait élu par le contrat ou obligation. ”* ”

Si cette doctrine de Brodeau était exacte sous la Coutume de Paris, il n’y a pas de raison pour que l’on ne s’y conforme pas sous le code civil.

Cependant, un arrêt de la cour d’appel de Bruxelles du 30 Novembre 1809, a jugé, sous le code civil, que le cessionnaire d’une créance n’en avait pas acquis la saisine par la signification qu’il avait faite du transport au domicile que le débiteur avait élu par le contrat pour l’exécution du contrat même.

Ce n’est que pour l’exécution du contrat, a-t-on dit, que le débiteur a élu un domicile hors de sa propre demeure. En quoi consistait de sa part, l’exécution du contrat ? A payer ce qu’il devait. Son domicile d’élection n’avait donc pour objet que les poursuites qu’il y aurait eu à exercer contre lui dans le cas où il eût été en retard de payer. Or, la signification de transport est-elle une de ces poursuites ? Non, elle n’est qu’une formalité à remplir par le cessionnaire avant que les poursuites puissent avoir lieu de sa part contre le débiteur. Ce n’est donc pas pour cette signification que le domicile a été élu. (Jurisprudence de la Cour de Cassation tome 10, partie 2, page 247.)

Il est permis de croire que ces raisonnements n’obtiendraient plus le même succès, si la question venait à se représenter.

Sans doute l’exécution du contrat de la part du débiteur, consiste à payer ce qu’il doit ; mais ce qu’il doit, à qui s’est-il obligé de le payer ? Est-ce seulement à son créancier direct ? Non, c’est encore à tous les ayant droit et par conséquent au cessionnaire de celui-ci. Or, en s’obligeant à payer au ces-

[ARTICLE 85.]

sionnaire de son créancier, il a nécessairement contracté l'obligation de souffrir le transport de la créance, et de recevoir la signification qui lui en serait faite. Cette signification entre donc naturellement dans l'exécution du contrat par lequel il a élu domicile. Eh ! comment, dès lors ne pourrait-elle pas être faite au domicile d'élection ?

Les seuls termes de l'art. III suffiraient d'ailleurs pour trancher toute difficulté : ils permettent à la partie contractante en faveur de laquelle il a été fait une élection de domicile, et conséquemment à son cessionnaire, de faire *au domicile convenu toutes les significations relatives à l'acte* contenant cette élection ; et bien certainement la signification du transport est *relative* au contrat par lequel, en s'obligeant de payer au cessionnaire du créancier comme au créancier lui-même, le débiteur a élu domicile hors de sa demeure.

30. Les tiers qui ont à exercer des actions relatives à l'acte par lequel un domicile a été élu contractuellement, peuvent-ils les exercer à ce domicile ? Quels sont ceux que l'on doit, à cet égard, considérer comme tiers ?

Par un acte contenant, de ma part, élection de domicile, je vous ai vendu tous les meubles de ma maison que j'avais précédemment vendus à Pierre, sans les lui livrer, et je vous en ai fait la délivrance sur le champ. Pierre a certainement une action en dommages-intérêts contre moi pour le tort que je lui ai causé en me mettant, par cette vente, dans l'impossibilité d'exécuter celle que je lui avait faite. Mais peut-il intenter cette action au domicile que j'ai élu par l'acte dont il s'agit ?

On peut dire pour l'affirmative, que cette action est *relative* à la vente que j'ai faite ; qu'il importe peu que Pierre n'ait pas été partie dans l'acte passé entre vous et moi ; que la disposition de l'art. III est générale ; qu'elle embrasse toutes les significations, demandes et poursuites relatives à l'acte contenant élection de domicile : qu'elle ne distingue

[ARTICLE 85.]

point entre ceux qui font ces significations, ces demandes, ces poursuites ; qu'il n'est donc pas permis de la restreindre aux parties contractantes et à leurs ayant droit.

Mais le contraire résulte clairement de la doctrine établie dans le discours déjà cité de l'orateur du tribunal ; et cette doctrine est elle-même complètement justifiée par le principe écrit dans l'art. 1165 du code civil, *que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; qu'elles ne nuisent pas au tiers, et qu'elles ne lui profitent pas davantage* Pierre ne pourra donc, dans l'espèce proposée, me faire as signer qu'à mon véritable domicile et devant mon juge naturel.

Autre espèce. Paul, mon débiteur, a vendu, en fraude de mes droits, à Jacques, qui avait pleine connaissance de l'état de ses affaires, le seul bien qui lui restait ; et ils ont tous deux fait élection de domicile par l'acte de vente. Pourrais-je les faire assigner l'un et l'autre au domicile élu par eux pour voir déclarer la vente frauduleuse et nulle ?

Nous avons vu plus haut que l'élection de domicile stipulée par le débiteur, profite à ses créanciers exerçant ses droits en vertu de l'art. 1166 du Code civil. Mais ici, ce n'est pas comme exerçant les droits de Paul, que j'attaque la vente qu'il a faite à Jacques ; je ne l'attaque *qu'en mon nom personnel* et en vertu de l'art. 1167. Je ne suis donc pas, à cet égard, l'ayant cause de Paul. L'acte de vente passé entre lui et Jacques, est donc relativement à moi, *res inter alios*. Je ne puis donc pas m'adresser au domicile élu par cet acte.

Dans l'espèce rapportée au No. 4, les sieur et dame d'Haynins faisaient valoir les mêmes raisonnements à l'appui de leur demande en nullité de la contrainte qui leur avait été signifiée au domicile que la régie de l'enregistrement soutenait avoir été implicitement élu par eux chez leur fondé de pouvoir. Le domicile que vous prétendez avoir été élu par nous (disaient-ils à la régie), ne l'a été ni envers vous, ni par aucun

(ARTICLE 85.)

acte dans lequel vous ayez été partie ou qui vous ait été signifié. Vous n'avez donc pas pu nous y faire la signification contre laquelle nous réclavons.

Mais la Cour de Cassation ne s'est pas arrêtée à ce moyen, et nous pensons qu'en ce point elle a bien jugé, pourquoi ? Parceque la régie de l'enregistrement ne devait, dans cette espèce, être considérée comme un tiers, ni relativement à l'acte de vente dont il s'agissait, ni par rapport aux sieur et dame d'Haynins.

En effet, d'après l'art. 31 de la loi du 22 frimaire an 7, les sieur et dame d'Haynins étaient censés avoir, par l'acte, contracté envers la régie de l'enregistrement, l'obligation de payer le droit de mutation pour le paiement duquel ils étaient poursuivis. C'était donc comme si la régie de l'enregistrement eût été partie dans l'acte. La régie de l'enregistrement pouvait donc se prévaloir de l'élection de domicile stipulée par l'acte, comme le pourrait, dans le cas prévu par l'art. 1121 du code civil, le tiers au profit duquel il aurait été inséré une condition dans un acte passé entre deux parties.

N. XI. L'élection contractuelle de domicile est-elle irrévocable ? En quel sens et de la part de qui l'est elle ?

L'élection de domicile qui se fait par un contrat, forme une des conventions des parties, et ne peut par conséquent comme toutes les clauses du même acte, être révoqué, par la partie qui l'a souscrite, que du consentement de la partie qui l'a stipulée.

Mais de là s'ensuit-il que, si, en contractant envers vous une obligation à Paris [où je ne demeure pas, j'y ai fait élection de domicile, je ne puisse pas, par un simple acte émané de ma volonté, transporter dans la maison de Pierre, rue St. Honoré, le domicile que j'ai élu dans la maison de Paul, rue St. Antoine ; et pourrez vous, nonobstant la notification que je vous aurai faite de ce transport, m'assigner valablement au domicile de Paul ? Non, et la raison en est sensible.

[ARTICLE 85.]

Par l'élection de domicile que j'ai souscrite dans l'acte dont il s'agit, il s'est formé deux contrats : l'un entre vous et moi, par lequel je vous ai assuré la faculté de m'assigner devant le juge du domicile élu ; l'autre, par lequel j'ai constitué Paul mon mandataire à l'effet de recevoir pour moi les actes et les exploits qui me seraient signifiés à votre requête.

Considérée comme renfermant le premier de ces contrats, l'élection de domicile est nécessairement irrévocable. La révoquer de ma part, ce serait vous priver du droit qui vous est acquis de me faire assigner à Paris ; ce serait me jouer de la foi des obligations.

Mais considérée comme renfermant un mandat que je donne à Paul, elle est subordonnée à la règle générale écrite dans l'art. 2003 du code civil, que le mandant est toujours maître de révoquer son mandataire et de lui en substituer un autre. Elle est donc révocable sous ce rapport.

Elle ne le serait sans doute pas, si vous étiez intéressé à ce que Paul fût, plutôt que Pierre, chargé de mon mandat pour recevoir vos significations. Mais quel intérêt pouvez-vous y avoir ? Aucun.

Et il n'importe que le mandat que j'ai donné à Paul, fasse partie de l'acte que j'ai passé avec vous. *On doit dans les conventions* dit l'art. 1156 du code civil, *rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.* Or, quand vous avez stipulé et que j'ai souscrit une élection de domicile dans la maison de Paul, mon assujettissement à la juridiction des tribunaux de Paris a bien été dans notre commune intention il a bien aussi été dans notre commune intention que je me ferais représenter à Paris par un mandataire au domicile duquel vous pourriez m'assigner ; mais je n'ai certainement pas pensé à me dépouiller du droit de me faire représenter à cet effet par tel mandataire plutôt que par tel autre ; et il est impossible que vous ayez pensé davantage à exiger de ma part

[ARTICLE 85.]

une renonciation à ce droit, puisque cette renonciation ne vous eût offert aucune espèce d'utilité.

Voici néanmoins une espèce dans laquelle la Cour de Paris en a jugé autrement.

Le 23 Nivôse, an 9, contrat devant notaires à Paris, par lequel le sieur Amyet, domicilié dans le département de la Vienne, vend à la banque territoriale de France, divers immeubles avec faculté de rachat pendant dix ans ; se soumet, pour l'exécution de l'acte, à la juridiction du tribunal de première instance du département de la Seine ; et à cet effet, élit domicile chez le sieur Delannoy, demeurant rue Baubourg.

Le 16 pluviôse, an 10, acte notarié par lequel le sieur Amyet révoque l'élection de domicile qu'il a faite chez le sieur Delannoy et en fait une nouvelle *chez le sieur Guichard, homme de loi, rue du Coq St. Honoré.*

Le 29 fructidor suivant, notification de cet acte aux administrateurs de la banque.

Le 8 et le 21 septembre 1807, les administrateurs de la banque font assigner le sieur Amyet tant au domicile du sieur Delannoy qu'à son domicile réel, dans le département de la Vienne, à comparaître devant le tribunal de première instance du département de la Seine.

Le Sieur Amyet se présente sur cette double assignation, propose ses défenses, ainsi que ses demandes reconventionnelles et obtient, le 14 Mars 1811, un jugement contradictoire qui condamne la banque territoriale à lui payer une somme de 15,000 francs.

Le 13 juin suivant, signification de ce jugement au domicile de la banque.

Le 11 septembre de la même année, la banque fait signifier au sieur Amyet, dans la personne et au domicile du sieur Delannoy, un acte d'appel de ce jugement.

Le 21 du même mois, elle réitère cette signification au domicile réel du sieur Amyet.

[ARTICLE 85.]

Le sieur Amyet comparait devant la Cour de Paris, et soutenait que la banque est non recevable dans son appel, parce qu'elle lui en a fait signifier le premier acte à un domicile qu'il avait précédemment révoqué et dont il lui avait fait notifier la révocation ; et que la signification qu'elle lui a faite du second acte, est postérieure à l'expiration du délai de trois mois qu'elle avait pour appeler.

Le 27 août 1812, arrêt qui rejette la fin de non recevoir, “ attendu que l'appel signifié au domicile élu par Amyet, dans “ le contrat du 25 nivôse, an 9, a été interjeté dans le délai de “ trois mois du jour de la signification du jugement dont est “ appel ; qu'en droit, ce domicile élu par une clause récipro- “ que dans un acte synallagmatique, n'a pu être révoqué ni “ changé par l'une des parties sans le concours de l'autre, et “ par une simple signification extra judiciaire.”

Mais le sieur Amyet se pourvoit en cassation ; et le 19 janvier 1814, arrêt contradictoire par lequel :

“ Vu les art. 2003 du code civil et 433 et 444 du code de “ procédure...;

“ Attendu 1o. que, par l'arrêt dénoncé, il n'a pas été jugé, “ en fait, que le demandeur ait, en aucun temps, renoncé à “ la revocation qu'il avait faite du domicile élu chez le sieur “ Delannoy, à Paris, ce qui aurait tranché toute question sur “ la validité de cette renonciation ; mais seulement il a été “ décidé en droit, que le demandeur n'avait pu, sans le con- “ cours des administrateurs de la banque territoriale, et par “ une simple signification extra judiciaire, révoquer ni chan- “ ger le domicile qui avait été élu par une clause réciproque “ dans le contrat du 23 nivôse, an 9 ;

“ 2o Que la convention stipulée dans l'art. 18 du contrat, re- “ lativement à l'élection d'un domicile à Paris, était bien une “ convention synallagmatique, puisqu'elle avait été faite dans “ l'intérêt de l'une comme de l'autre des parties ; puisqu'elle

[ARTICLE 85.]

“ avait pour objet d’éviter à l’une comme à l’autre l’embarras
 “ de faire des significations à des domiciles éloignés ; puis-
 “ qu’elle était attributive de juridiction aux tribunaux de
 “ Paris.

“ Qu’ainsi, le demandeur n’aurait pu, sans violer cette con-
 “ vention, ni révoquer purement et simplement le domicile
 “ qu’il avait élu a Paris, ni, en le révoquant, élire domicile
 “ dans un autre endroit que Paris ;

“ Mais que la désignation de la personne chez laquelle
 “ chaque partie élisait son domicile à Paris, appartenait res-
 “ pectivement à chaque partie séparément ;

“ Qu’en effet, il est bien évident qu’après la convention faite
 “ que chacune des parties élisait son domicile à Paris, cha-
 “ cune d’elles avait particulièrement le droit de choisir, par-
 “ mi les habitans de Paris, la personne chez laquelle il lui
 “ convenait le mieux de fixer son domicile élu ; puisque cette
 “ personne devenait son mandataire particulier ; puisqu’il est
 “ de règle générale que le mandant a le droit de choisir son
 “ mandataire ; et que, par les mêmes motifs, chacune des
 “ parties a pu également, sans le concours de l’autre, révo-
 “ quer le premier domicile qu’elle avait fixé, pour établir son
 “ domicile élu chez telle autre personne de Paris qu’elle a
 “ jugée plus digne de son mandat ; puisqu’en faisant cette
 “ simple translation de domicile dans Paris, elle n’a aucune-
 “ ment nui aux intérêts de l’autre partie, à qui il était fort
 “ indifférent que le domicile fût établi dans telle ou telle au-
 “ tre maison de la même ville, et qui avait le droit récipro-
 “ que de révocation à l’égard du domicile particulier qu’elle-
 “ même avait élu ; puisqu’en ne révoquant pas purement et
 “ simplement ce domicile, mais en le transférant seulement
 “ dans une autre maison de Paris, elle n’a pas violé, et qu’au
 “ contraire elle a maintenu la convention relative à l’élection
 “ d’un domicile à Paris, puisqu’elle n’a fait qu’user du droit
 “ que lui donnait l’art. 2003 du code civil de révoquer son

[ARTICLE 85.]

“ mandataire ; et qu'enfin, il résulterait du système contraire
 “ qu'une partie pourrait être contrainte par l'autre de conser-
 “ ver son domicile et son mandat chez une personne qui n'au-
 “ rait plus sa confiance, et qui déjà même l'aurait trahie ;

“ Qu'ainsi, l'arrêt dénoncé, en décidant que le demandeur
 “ n'avait pu, sans le concours des administrateurs de la banque
 “ territoriale, révoquer et changer le domicile qu'il avait élu
 “ chez le sieur Delannoy, pour l'établir chez le sieur Gui-
 “ chard, demeurant également à Paris, et qu'en conséquence,
 “ la notification d'appel faite le 11 septembre 1811, au domi-
 “ cile depuis longtemps révoqué, et dont la révocation avait
 “ été régulièrement notifiée, était valable, a violé l'art. 2003
 “ du code civil ; et que, par suite, elle a violé les art. 443 et
 “ 444 du code de procédure civile, en rejetant la fin de non
 “ recevoir qui avait été proposée contre l'appel ;

“ La cour casse et annulle.....(Journal des Audiences de la
 “ Cour de Cassation, année 1814, page 120).”

N. XII.—L'élection de domicile faite par le débiteur dans un contrat, ôte-t-elle au créancier la faculté de l'assigner à son domicile réel ? Non.

C'est ce que fait entendre clairement l'expression facultative *pourront*, dont se sert l'art. III du code civil ;

C'est ce que décide expressément l'art. 59 du Code de procédure ;

C'est enfin ce que la Cour de Cassation avait jugé, sur mes conclusions, avant l'un et l'autre code, par un arrêt du 23 ventôse an 10, rapporté dans mon recueil de questions de droit, aux mots domicile élu, §. 1.

N. XIII.—Le créancier, au profit duquel a été stipulée une élection de domicile, peut-il, ou faire assigner le débiteur à son domicile élu devant le juge de son domicile réel, ou à son domicile réel devant le juge de son domicile élu ?

“ Toute élection de domicile a deux objets qu'il ne faut
 “ pas confondre : l'un, de rendre celui qui l'a faite, justicia-

[ARTICLE 85.]

“ ble du tribunal dans l'arrondissement duquel il a élu un
 “ domicile ; l'autre, d'assimiler l'assignation donnée au do-
 “ micile élu, à l'assignation donnée au domicile véritable.

“ Et comme il est libre à toute personne de renoncer en
 “ tout ou en partie aux clauses stipulées pour son avantage,
 “ il est clair que celui en faveur duquel a été stipulée l'élec-
 “ tion de domicile, peut y renoncer pour les deux objets à
 “ la fois ; mais qu'il peut aussi n'y renoncer que pour un
 “ seul, et en conserver tous les effets pour l'autre. (Conclusions
 “ du 7 prairial an 13, rapportées au mot *Déclinatoire*, §. 1).”

* *Favard, Rep., Vbo. ajournement* } Lorsque pour l'exécutions
 § 1, N. 10, p. 134. (*Cité par Dard.*) } d'un acte il y a élection de
 domicile, l'ajournement est donné devant le tribunal du do-
 micile élu, ou devant le tribunal du domicile réel du défen-
 deur, au choix du demandeur (Code civil, art. III, et Code
 de Procédure, art. 59) ; à moins qu'il ne résulte de l'acte que
 l'élection de domicile a été faite en faveur du défendeur, au-
 quel cas la convention doit être exécutée ; le demandeur ne
 peut l'assigner dès lors que devant le juge du domicile élu.

Les effets de l'élection de domicile passent-ils aux héritiers
 du défendeur ?

L'élection de domicile étant une clause du contrat, ne peut
 en être séparée. Elle passe donc, comme les autres effets du
 contrat, aux héritiers du défendeur. (Code civil, art. 724).

Si celui chez qui l'élection de domicile est faite, décède
 ou transporte ailleurs le siège de ses affaires, l'élection de
 domicile conserve-t-elle ses effets ?

Le défendeur ou ses héritiers ont du prévoir ce change-
 ment, et prendre leurs précautions en conséquence. S'ils ne
 l'ont pas fait, le demandeur ne doit pas en souffrir : tant que
 la convention subsiste, l'élection de domicile, qui en fait
 partie, conserve tous ses effets à son égard. Ainsi, il peut

[ARTICLE 85.]

toujours assigner le défendeur au domicile élu. La Cour de Cassation l'a ainsi jugé par deux arrêts des 8 thermidor an 11 et 24 Janvier 1816. (Sirey, 1816, pag. 198.)

Dans le premier, une assignation donnée au domicile élu chez le conservateur des hypothèques a été déclarée valable, quoique le bureau des hypothèques fut supprimé, et que l'assignation eût été remise en la demeure du conservateur supprimé ; et dans le second, un commandement de saisie immobilière remis à l'adjoint au maire du domicile élu, sur le refus des personnes de ce domicile de le recevoir, a été déclaré régulier, quoique le défendeur eût son domicile réel dans un autre département.

L'indication d'un lieu pour le paiement équivaut-elle à une élection de domicile pour l'exécution d'un acte non commercial, en sorte que le défendeur puisse être assigné devant le tribunal dans le ressort duquel le paiement devait être fait ?

La Cour de Cassation, section civile, a jugé que non, par arrêt du 29 Octobre 1810, en annulant un arrêt de la cour d'appel de Lyon, qui avait décidé le contraire. (Bulletin civil).

Id., *Vbo. Conciliation*, } Si un acte contient pour son exé-
§. 3, *N. 2.* } cution une élection de domicile, au-
tre que le domicile réel, devant quel juge la citation doit-elle
être donnée ?

L'art. 3 du code civil porte que dans ce cas, les *significations, demandes et poursuites*, peuvent être faites devant le juge du domicile élu. Mais il est évident que par l'expression *le juge*, la loi entend le tribunal compétent, et non le juge de paix devant lequel la conciliation doit être essayée.

Id., *Vbo. Domicile*, } Le domicile élu conventionnel est
§. 3, *N. 2.* } celui qui est établi par acte, et pour son
exécution, dans un autre lieu que celui du domicile réel.
L'effet de cette élection de domicile est de rendre valables

[ARTICLE 85.]

toutes les significations, demandes et poursuites faites au domicile convenu, relativement à l'exécution de l'acte, et d'attribuer au juge de ce domicile la connaissance de toutes les contestations qui peuvent s'élever relativement à cette même exécution. (Code civil art. 111).

Lorsque, dans un contrat synallagmatique, les parties ont élu domicile dans une commune pour l'exécution de l'acte, est-il au pouvoir de l'une d'elle de changer son domicile, pourvu que celui qu'elle indique soit dans la même commune que le précédent ?

Le concours des deux parties est-il nécessaire pour valider un tel changement de domicile ?

Ces questions ont été décidées, la première affirmativement et la seconde négativement, par arrêt de la Cour de Cassation, du 19 Janvier 1814, dont l'espèce est rapportée au Bulletin. (C'est le cas du Sieur Amiet et la Banque territoriale de France, cité *suprà* par Merlin.)

1 *Toullier*, p. 322, [cité } [368.] Mais on peut avoir autant de
 par Dard. } domiciles élus ou conventionnels, qu'on
 a souscrit d'actes différents ; car il arrive souvent que des citoyens qui contractent, élisent un domicile pour l'exécution du contrat, en stipulant que les assignations nécessaires pour cette exécution seront données en un lieu déterminé. Cette stipulation conserve sa force après la mort des contractants, et lie leurs héritiers et ayant cause.

[369.] Mais elle ne constitue qu'un domicile imparfait ; et l'art. 111 du code civil, dont la disposition est répétée dans l'art. 59 du code de procédure, veut que, dans ce cas, le demandeur ait l'option de former les significations, demandes et poursuites relatives à l'exécution de ces actes, soit devant le tribunal du domicile élu, soit devant celui du domicile réel du défendeur.

[ARTICLE 85.]

Id., vol. 7, p. 104. } [87.] Il faut remarquer que l'indication d'un lieu pour le paiement, accompagnée même de la désignation d'une personne au domicile de laquelle le paiement doit être fait, n'équivaut point à une élection de domicile faite par le créancier, pour l'exécution de l'acte, conformément à l'art. 111 du code civil.

Par exemple, si je m'oblige de vous payer à Paris une somme de.....au domicile de tel notaire, sans ajouter que j'y fais élection de domicile, une pareille indication, en matière civile, ne vous autorise, ni à me faire signifier au domicile du notaire indiqué, ni à me traduire devant les juges de Paris, où je ne demeure point.

Ainsi l'a décidé la Cour de Cassation, par un arrêt du 29 Octobre 1810, rapporté par Sirey, 1810, p. 378.

Delvincourt, t. 1, p. 46. } Il arrive souvent, lors de la pas-
[Cité par *Dard.*] } sation d'un acte, que les parties, ou l'une d'elles, se choisissent, pour l'exécution de cet acte, un autre domicile que celui qu'elles ont réellement. Ce domicile se nomme domicile élu, conventionnel, ou d'élection.

Cette stipulation n'ayant rien de contraire à l'ordre public, est admise ; et son effet est de valider les significations, demandes et poursuites faites au domicile élu, et en outre de déterminer la compétence du juge de ce domicile : mais cet effet doit être restreint aux affaires relatives à l'exécution de l'acte dans lequel l'élection de domicile a eu lieu.

2 *Pand.*, *franç.*, p. 431. } La clause d'élection de domicile, dans les actes, était devenue de style ; et les notaires ne manquaient jamais de l'insérer ; mais elle ne s'exécutait guère : et quand la date des actes était ancienne, il eût été dangereux de donner les actions, qui en résultaient, au domicile élu. On aurait couru risque d'en voir prononcer la nullité.

[ARTICLE 85.]

Maintenant, que cette faculté d'élire domicile est consacrée par la loi, il ne restera plus aucun doute sur la validité des actes, et poursuites faites à ce domicile élu.

Remarquez d'abord que cette élection de domicile est attributive de juridiction ; et que les actions doivent se porter, en conséquence, devant le juge du domicile élu. Remarquez, en second lieu, que cela n'est relatif qu'à l'acte dont il s'agit, et seulement pour ce qui est une suite des conventions exprimées dans le contrat.

Remarquez, enfin, que dans les significations que l'on fait, au domicile élu, il faut exprimer la demeure réelle des parties. (Déclarations des 16 juin 1635, 16 Août 1683, 24 Janvier 1687 ; Ordonnances de Blois, de 1539-1667.—Bouvot ; Bretonnier, sur Henrys.—Brodeau, sur Louet, lett. D.—Lacombe, Denizart, au mot domicile).

Cette élection, de domicile, devenant aujourd'hui de rigueur, ceux qui ne voudront pas s'exposer à être actionnés, pour raison de leurs conventions, hors de leur domicile, ce qui est souvent dangereux, auront soin de ne la point laisser insérer dans les actes. Ceux qui en auront souscrit où cette clause se trouvera exprimée, auront attention de prendre, en cas de changement de domicile, les précautions nécessaires pour être instruits des actions et demandes qui pourraient lui être données au domicile élu.

[25.] L'effet de toutes les élections de domicile, se borne au cas pour lequel elles sont faites. Ainsi, ce serait irrégulièrement que d'autres personnes, que celles intéressées, y feraient des significations. Mais, celles qui y sont faites par les personnes intéressées, sont valables, quand même la personne chez qui le domicile a été élu, serait morte, ou aurait changé de demeure. C'est à la personne qui a fait l'élection, à en faire notifier une nouvelle.

Cette élection s'anéantit par la mort de celui qui l'a faite. Alors, dans le cas où le domicile a été élu par un acte con-

[ARTICLE 85.]

ventionnel, il faut faire les significations au domicile des héritiers. Dans les autres cas, il faut les sommer, aussi à leur domicile, de faire une autre élection.

* *C. N.*, 111. } Lorsqu'un acte contiendra, de la part des parties ou de l'une d'elles, élection de domicile pour l'exécution de ce même acte dans un autre lieu que celui du domicile réel, les significations, demandes et poursuites relatives à cet acte, pourront être faites au domicile convenu, et devant le juge de ce domicile.

TITRE QUATRIÈME.

DES ABSENTS.

TITLE FOURTH.

OF ABSENTEES.

RAPPORT DE MM. LES } Avant le code Napoléon, il n'existait
 COMMISSAIRES. } en France, sur l'absence, aucun système
 de loi uniforme et régulier ; il n'y avait sur le sujet qu'arbitraire
 et incertitude ; les lois romaines n'en disent presque rien, la ju-
 risprudence était différente dans chaque ressort, les diverses
 coutumes avaient des règles particulières et souvent opposées.
 Aussi le titre IV (Code Napoléon), d'après les auteurs, est-il
 celui qui, lors des discussions, a présenté plus de difficultés
 et a rencontré plus de divergence dans les opinions.

Le plan, quant à la division et aux détails, en est tout neuf ;
 quant au fond, il se compose, pour la plus grande partie, de
 règles trouvées éparses dans les différentes coutumes et dans
 les usages et décisions des divers parlements, le tout accom-
 pagné de quelques dispositions de création nouvelle.

Le résultat de ce travail est généralement considéré comme
 ce qu'il y a de mieux sur un sujet qu'on avait négligé par le
 passé, pour la raison que son importance n'était pas alors ap-
 préciée comme elle l'est, depuis que les voyages lointains, de-
 venus plus en usage, ont donné lieu à des absences plus fré-
 quentes et plus longues.

Le mérite incontestable de cette œuvre a d'abord fait dé-
 sirer de l'adopter en entier, sauf quelques changements in-
 dispensables. Le travail nécessaire à cette fin avait même
 été préparé ; mais comme il fallait, avant tout, établir la loi
 telle qu'elle existe, abstraction faite de ce qu'elle pourrait ou
 devrait être, les Commissaires, pour remplir ce devoir, ont dû
 compulser les anciennes lois françaises, les statuts provin-
 ciaux, la jurisprudence et les usages de nos tribunaux se rap-
 portant au sujet.

Une fois fait, ce dernier travail, qui, au reste, comprend
 une partie de celui du code, s'est trouvé former un ensem-
 ble de dispositions qui, au mérite d'être en harmonie avec

notre jurisprudence actuelle, réunissait celui de régler d'une manière correcte et suffisante, dans l'opinion des Commissaires, les questions que soulève l'absence. C'est pour ces raisons, qu'ils soumettent le présent titre en préférence à celui du Code Napoléon, dont il diffère sous plusieurs rapports ; mais il a beaucoup d'analogie avec celui de la Louisiane, auquel ont été empruntés plusieurs des articles qui suivent :

Dans le langage légal, un individu n'est pas absent par cela seul qu'il ne se trouve pas à son domicile ; l'on ne considère en loi comme absent que celui dont on ignore la résidence, dont on n'a pas de nouvelles et dont l'existence est incertaine (86). Celui dont la résidence est connue ou dont l'existence est certaine, quelque éloigné qu'il soit, n'est pas absent dans le sens de ce titre ; il est seulement non présent.

CHAPITRE I.

DE LA CURATELLE AUX ABSENTS.

Si l'absent n'a pas de procureur, il peut devenir nécessaire, dans son intérêt ou dans celui des tiers, qu'il soit pourvu à l'administration de ses biens ; le moyen à adopter dans ce cas est de lui nommer un curateur qui gère ses biens et contre lequel se dirigent les réclamations des tiers (87).

La nécessité de cette nomination est laissée à la décision du tribunal ou de l'un de ses juges. C'est ce que décide l'article adopté (88) d'après lequel les notaires peuvent d'eux-mêmes et sans l'autorité du juge procéder à la nomination des curateurs aux absents, sauf l'homologation du juge. Cette discrétion laissée aux notaires avait paru aux Commissaires exorbitante et dangereuse ; ils avaient cru devoir limiter cette autorité, devenue moins nécessaire depuis la décentralisation introduite par la législation récente dans notre système de judicature. C'est dans cette vue qu'était proposé

un article qui laissait aux juges seuls le droit appartenant ci-devant aux notaires concurremment avec eux. (*)

La nomination du curateur se fait de la même manière que celle de tuteur (88). Le curateur ainsi nommé prête serment (89), fait procéder à l'inventaire et à l'estimation des biens commis à sa charge, et est sujet aux obligations et hypothèques dont est tenu le tuteur (90). Comme lui, ses pouvoirs se bornent aux actes de simple administration ; il ne peut ni aliéner, ni engager, ni hypothéquer les biens (91). Sa charge se termine par le retour de l'absent, par la réception de sa procuration et aussi par l'envoi en possession accordé à ses héritiers (92).

CHAPITRE II.

DE LA POSSESSION PROVISOIRE DES HÉRITIERS DE L'ABSENT.

Lorsque l'absence a duré cinq années, les héritiers de l'absent au moment de son départ, peuvent se faire mettre en possession provisoire de ses biens, ce qui se fait par le tribunal, à la condition de donner caution (93). Pour obtenir cet envoi provisoire, il fallait autrefois, en France, dix années d'absence. Les commissaires regardent ce terme comme trop long, et pensent que cinq années sont suffisantes, ainsi qu'on le pensait dans plusieurs parlements de France, avant le code, d'après lequel l'envoi peut être demandé aussitôt après le jugement qui déclare l'absence, c'est-à-dire quatre ans après le départ. Ainsi le présent article est proposé en amendement à la loi actuelle, qui, d'après celle suivie dans le ressort du parlement de Paris, exige dix années d'absence.

(*) La législation a refusé sa sanction à l'amendement proposé par MM. les Commissaires.

Ce terme de cinq ans peut même être anticipé et l'envoi en possession provisoire peut être accordé auparavant, s'il est établi à la satisfaction du tribunal qu'il y a forte présomption que l'absent est décédé (94). En statuant sur la demande faite à cette fin, l'on a égard en tous cas aux motifs de l'absence et aux causes qui ont pu empêcher de recevoir des nouvelles (95).

Au reste, l'envoi provisoire est une espèce de dépôt qui ne s'étend pas au-delà de l'administration des biens, et qui, suivant les circonstances, comporte l'obligation de rendre compte soit à l'absent lui-même s'il reparait, soit à ses représentants au cas contraire (96).

A cet effet, celui qui a obtenu l'envoi, doit faire faire inventaire du mobilier et des titres ; il ne peut même vendre ce mobilier, à moins qu'il n'y soit autorisé en justice ; auquel cas emploi doit être fait du prix de vente.

Quant aux immeubles, l'envoyé en possession peut les faire examiner par experts, afin d'en constater l'état (97).

S'il s'est écoulé trente ans depuis le départ ou les dernières nouvelles reçues de l'absent, ou cent ans depuis sa naissance, il est réputé mort à compter de son départ ou de la dernière nouvelle, l'envoi provisoire devient définitif, et par suite les cautions sont déchargées et les biens peuvent être partagés (98).

Mais cette présomption, fondée sur trente ans d'absence et cent ans de vie, disparaît avec tous ses effets, si le décès est prouvé ; dans ce cas la succession est ouverte du jour de ce décès en faveur des héritiers à cette époque, auxquels les biens doivent être remis par ceux qui en ont joui (99).

De même, si l'absent reparait ou si son existence est constatée pendant l'envoi, le jugement qui l'a ordonné cesse d'avoir effet (100).

Bien plus, s'il reparait ou si son existence est prouvée,

même après les cent ans de vie ou les trente ans d'absence, (98), l'absent reprend ses biens, mais seulement dans l'état où ils se trouvent ; et, s'ils ont été aliénés, il doit se contenter du prix qu'ils ont rapporté ou de l'emploi de ce prix (101).

Le même droit appartient aux enfants et descendants directs de l'absent, sous les mêmes circonstances, pourvu qu'ils se présentent dans les trente ans à compter de l'époque où l'envoi provisoire est devenu définitif (102) ; mais tant que dure cette possession, c'est contre ceux qui l'ont obtenue que doivent se diriger les réclamations contre l'absent (103).

CHAPITRE III.

DES EFFETS DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AUX DROITS ÉVENTUELS DE L'ABSENT.

Celui qui réclame un droit qu'il prétend lui venir de l'absent, doit prouver qu'il (l'absent) existait au moment où ce droit s'est ouvert (104). C'est la conséquence de la règle que c'est à celui qui allègue une chose à la prouver, et de cet autre, qu'en fait d'absence, la vie ou la mort de l'absent est également incertaine (sauf l'exception art. 98).

C'est sur les mêmes principes qu'est fondé l'article 105, relatif à la succession qui s'ouvre en faveur de l'absent, laquelle à défaut de preuve de son existence, est dévolue, pour le tout, à ceux qui l'auraient recueillie avec lui ou à son défaut.

Cependant s'il reparait, ou si son décès est constaté, il peut au premier cas, et ses héritiers peuvent au second, réclamer les droits successifs ou autres qui seraient échus à l'absent avant son décès ; les actions à ces fins étant soumises seulement comme les autres aux règles de la prescription (106), dont il faut voir la portée et l'explication au 3e. vol. des *Pandectes Françaises*, pp. 59, 60.

Mais tant que l'absent ne se présente pas ou que les actions ne sont pas portées de son chef, ceux qui sont en possession des biens gagnent les fruits qu'ils ont perçus de bonne foi (107), c'est-à-dire tant qu'ils ont eu raison de douter quant à l'existence de l'absent.

CHAPITRE IV.

DES EFFETS DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AU MARIAGE.

L'on ne fait pas au mariage l'application des présomptions résultant de l'absence. L'époux de l'absent n'en peut contracter un second sans faire preuve de son décès. (108).

Cet article ne se trouve pas dans le Code Napoléon ; cependant la règle qu'il pose est conforme à l'ancien droit, et même admise, implicitement du moins, par le code en son art. 147, titre *du mariage*, qui déclare qu'on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier. Cependant les Commissaires ont cru qu'il était préférable de déclarer en propres termes, que l'absence, toute longue qu'elle puisse être, n'autorise pas un second mariage, sans preuve du décès de l'absent. Le Code de la Louisiane (art. 81) a innové sous ce rapport, en autorisant l'époux présent à contracter un autre mariage après dix ans d'absence.

Un article qui restreignait à l'époux absent seul le droit de se plaindre d'un mariage contracté en son absence, quoique sanctionné par le Code Napoléon, a cependant été omis comme étant de droit nouveau et contraire aux vrais principes établis par les autorités qui se trouvent au bas de notre art. (108).

S'il y a communauté entre les époux, elle est dissoute provisionnellement, à compter de la demande qu'en font les héritiers présomptifs de l'absent, après qu'est arrivé le temps où ils peuvent se faire envoyer en possession, ou à compter

de la demande faite contre eux pour obtenir cette dissolution par l'époux présent.

Dans l'un et l'autre de ces cas il est procédé à la liquidation et au partage des biens de la communauté, à la demande de l'époux présent, à celle de l'envoyé en possession, ou de tous autres y ayant intérêt (109).

Cet article, qui ne se trouve pas au Code Napoléon, est pris de Pothier, *Traité de la Communauté*, No. 505, et du 1er. Vol. du *Répertoire* de Guyot, Vo. *absent*, et est conforme à l'ancienne jurisprudence, que l'on ne voit pas de raison de changer.

Au cas de cette dissolution, les droits et conventions des conjoints qui y sont subordonnés deviennent exécutoires et exigibles (110).

La règle posée par cet article est à l'effet de décider la question de droit controversée, de savoir si la dissolution de la communauté qui arrive par autre cause que la mort naturelle, donne ouverture aux gains de survie, même au cas où il en a été convenu ainsi. Les Commissaires sont d'avis que cette convention est valable et doit être exécutée ; et que partant les gains de survie sont exigibles à la dissolution de la communauté, par quelque cause qu'elle arrive, si telle a été la convention des parties.

Cette doctrine, malgré quelques décisions au contraire, est justifiée par les autorités citées au bas de l'article et paraît conforme au principe qui permet, dans les contrats de mariage, toute convention qui n'est contraire ni aux bonnes mœurs ni aux lois d'ordre public.

Si c'est le mari qui est absent, la femme ne peut obtenir ses gains et avantages matrimoniaux qu'en donnant caution de rapporter, au cas de retour, tout ce qu'elle aura ainsi reçu (111).

Cet article qui est aussi nouveau et qui a été adopté dans le même but que celui qui précède, avait d'abord été omis,

pour être renvoyé au titre de la communauté, mais il a ensuite été rétabli en ce lieu, pour la raison que la dissolution causée par l'absence, n'étant que provisoire, requiert des règles spéciales qu'il est mieux d'exposer avec les autres sur le sujet.

Si l'absent n'a pas de parents qui puissent lui succéder, l'autre époux peut demander la possession provisoire des biens (112). Cet article conforme à l'article 140 du Code Napoléon, est une conséquence de la règle posée en l'article 767 du même code, qui veut que le conjoint survivant hérite des biens du prédécédé, si ce dernier ne laisse aucuns parents habiles à lui succéder. Or cette règle, dont il sera parlé en son lieu, est conforme à l'ancienne jurisprudence, et est fondée tant sur le droit romain que sur l'ancien droit français, ainsi que l'établissent les autorités citées sur notre article.

CHAPITRE. V.

DE LA SURVEILLANCE DES ENFANTS MINEURS DU PÈRE ABSENT.

Quant aux enfants mineurs laissés par le père absent, la mère en a la surveillance, et exerce sur leur personne et leurs biens les droits que confère la puissance paternelle, et cela tant qu'il ne leur a pas été nommé un tuteur (113). Mais au cas du décès ou de l'incapacité de la mère, survenue avant ou depuis le départ, l'on nomme au mineur un tuteur provisoire ou permanent (114).

Le premier de ces articles ne souffre aucune difficulté ; la règle qu'il énonce est tirée du droit romain, conforme à l'ancienne jurisprudence et à l'article 141 du Code Napoléon. Cependant les Commissaires ont cru devoir prévoir le cas où la mère serait indigne ou incapable de remplir les devoirs que lui impose notre article. C'est pourquoi on y a ajouté que ces pouvoirs ne durent que tant que le mineur n'a pas

[ARTICLE 86.]

été pourvu d'un tuteur, ce qui permet de lui en donner un si les circonstances l'exigent.

Quant à l'article 114, copié en partie de l'article 142 du Code Napoléon, il en diffère en ce que, d'après ce dernier, la surveillance est, dans le cas y prévu, accordée aux ascendants les plus proches des mineurs. C'était aussi la pratique sous l'ancien droit, pourtant la chose n'était pas obligatoire. Le juge, sur l'avis du conseil de famille, pouvait confier cette charge à d'autres qu'aux ascendants, si l'intérêt des mineurs l'exigeait. Notre article est dans ce sens, et en cela il est d'accord avec les principes adoptés sur la nomination des tuteurs en général.

86. L'absent, dans le sens du présent titre, est celui qui, ayant eu un domicile dans le Bas-Canada, a disparu sans que l'on ait aucune nouvelle de son existence.

86. An absentee, within the meaning of this title, is one who, having had a domicile in Lower-Canada, has disappeared, without any one having received intelligence of his existence.

* 1 *Malleville, Tit. 4,* } J'ai, sous mes yeux, cinq rédactions
p. 111 et suiv. } différentes que ce titre a souffertes,
 avant d'être définitivement adopté, quoique dans le procès-verbal la discussion ne porte que sur deux; cette matière était en effet très-épineuse, les lois romaines ne disent presque rien sur ce sujet, la jurisprudence était très différente dans chaque ressort, et les coutumes présentaient beaucoup de variantes; pour s'en convaincre, il n'y a qu'à voir les questions de droit de Bretonnier au mot *absent*: c'eût été un grand bienfait pour la législation que de donner seulement des règles fixes sur un objet où tout était arbitraire; mais de plus on peut soutenir avec M. Bignot de Préameneu, dans

[ARTICLE 86.]

son discours au corps législatif, qu'on a choisi les meilleures.

Le mot absent, dans le langage des lois, a une acception bien différente de celle qu'il a dans l'usage ordinaire ; on dit communément qu'un homme est absent, pour exprimer qu'il n'est pas dans le lieu où il demeure ; mais dans les lois, et particulièrement dans ce titre, l'absent est celui qui a disparu de son domicile, sans qu'on ait eu depuis aucune nouvelle de son existence.

Parmi les personnes qui ne se trouvent pas à leur domicile, on doit distinguer celles sur l'existence desquelles il ne s'est pas encore élevé des doutes, d'avec celles qui, disparues depuis quelque tems, sans qu'on en ait su de nouvelles, donnent déjà des alarmes à leur famille : c'est à ces dernières que s'applique le chapitre premier de ce titre.

.....On établissait assez ordinairement pour règle générale, dans l'ancienne jurisprudence, que l'homme était présumé vivant jusqu'à ce qu'il eût atteint cent ans ; le Code prussien, au contraire, le présumait mort après dix ans d'absence : l'un et l'autre système sont également mal fondés ; il n'est certainement pas vrai, d'après les tables de mortalité, que chaque individu puisse être présumé atteindre cent ans ; il ne l'est pas non plus qu'en général tout absent doive être censé mort après dix ans.

Le Conseil a pris un tiers parti plus raisonnable. La vie ou la mort de l'absent sont incertaines, jusqu'au terme le plus long de la vie ; et, comme tout demandeur doit prouver sa demande, c'est à celui qui veut se prévaloir de l'une ou de l'autre, à l'établir : si l'héritier légitime de l'absent veut lui succéder, il faut qu'il prouve qu'il est mort ; si quelqu'un veut, par le moyen de l'absent, succéder à un autre, il faut qu'il prouve que l'absent vit ; mais, comme en attendant les biens de l'absent dépériraient, il faut les donner en garde à ceux qui ont le plus d'intérêt à leur conservation, excepté qu'il n'eût placé sa confiance dans un autre.

[ARTICLE 86.]

Mais les héritiers légitimes ne jouissant que comme dépositaires, ils doivent rendre les biens à l'absent lorsqu'il reparaît, quand même ce serait trente ans après qu'ils en auraient été mis en possession définitive. Il en est autrement de ses descendants, parcequ'il faut un terme, et qu'il est de l'intérêt même de l'Etat que les héritiers ne soient pas éternellement considérés comme simples administrateurs.

Voilà à-peu-près toute l'économie de ce titre, sauf quelques dispositions particulières dont la discussion trouvera sa place sous les articles qui les renferment.

* *De Moly. Des absents,* } No. 4.—Afin que l'ambiguïté des
 p. 2. } termes ne répande pas d'obscurité
 sur l'application des règles, il faut donc commencer par se fixer sur la signification que doivent avoir ici les mots *absent*, *absence*. Nous arriverons à ce but en précisant les caractères constitutifs de l'absence suivant les principes de la loi.

No. 5.—Ces caractères sont : 1o l'éloignement du domicile et de la résidence ordinaire ; 2o l'ignorance dans laquelle tout le monde est du nouveau domicile et de la nouvelle résidence ; 3o la non réception de toute nouvelle soit directe, soit indirecte : l'existence simultanée de ces trois caractères autorise, seule, à ranger dans la classe des absents, celui sur la tête duquel ils se réunissent.

No. 6.—Ainsi, ne sera pas considéré comme régi par les règles que nous allons exposer, celui qui ne sera pas là où sa présence serait même absolument indispensable ; celui dont on connaît la résidence quelque éloignée qu'elle soit ; celui-là même qui n'a aucune résidence connue, mais dont on a des nouvelles même indirectes. Tous ces individus sont qualifiés par le législateur de *non présents*. Il ne veut reconnaître pour *absent* que celui qui a disparu de son domicile et de sa résidence sans que l'on sache où il est, et dont on n'a depuis

[ARTICLE 86.]

quelque temps aucune nouvelle soit directe, soit indirecte ; encore faut-il qu'à sa disparition ne se rattachent pas des présomptions trop fortes de mort ; car, pour qu'il puisse y avoir absence, il faut qu'il y ait éloignement.

* 2 *Locré, Esprit du Code, Liv. 1, Tit. 4,* } Dans le langage des
 1ère subdiv. no. 1, pp. 280-281. } lois, on n'entend par
 absent que celui dont on ignore la résidence, et dont par cette
 raison l'existence est incertaine. Les lois ne regardent pas
 comme absent l'individu qui donne de ses nouvelles, ou dont
 on en a, quoique cet homme soit actuellement éloigné du
 lieu de sa résidence.

Aussi aurait-on désiré que le mot *absent* fût remplacé par une autre expression technique, exempte d'ambiguïté ; il ne s'en est pas présenté.

Les dispositions de ce titre ne se rapportent donc qu'aux absens véritables, c'est-à-dire, à ceux dont on n'a pas de nouvelles.

* 1 *Toullier, Liv. 1,* } Le mot absent a deux acceptions bien
 Tit. 4, No. 381. } différentes.

Dans le langage ordinaire, on confond sous cette dénomination, ou plutôt on ne les distingue pas :

1o Celui qui ne se trouve pas au lieu où sa présence est nécessaire ou désirée, mais dont on connaît la résidence, ou dont on a des nouvelles, et, dont, par conséquent, l'existence n'est pas incertaine ;

2o Celui dont on ignore la résidence actuelle, ou dont on n'a pas de nouvelles, et dont, par cette raison, l'existence peut paraître douteuse.

La langue française ne présente point d'expressions propres et techniques pour différencier ces deux idées, néanmoins très-différentes, et auxquelles il faut bien faire attention ; car cette imperfection du langage répand beaucoup d'obscurité sur la matière.

[ARTICLE 86.]

* 1 *Encyclopédie du droit, Sebire et Carteret, Vo. absence, pp. 41 et 42.* } L'absence, considérée comme modification de l'état des personnes, et faisant l'objet spécial d'un traité de droit, est exclusivement l'absence sans nouvelles, dont le résultat est de produire l'incertitude de l'existence. C'est à ce genre d'absence que le Code civil a consacré un titre du livre des personnes.

3 *Revue légale, p. 49.* } La déclaration d'absence, comme acte distinct, indépendant et isolé d'un résultat pratique, comme la nomination d'un curateur, l'envoi en possession, et la dissolution provisoire de la communauté, n'existe pas, suivant les principes de notre code. Celui qui ne laisse pas de biens dans le pays auxquels un curateur puisse être utilement nommé, et dont personne ne peut demander l'envoi en possession, comme celui qui ne laisse pas d'époux commun en biens avec lui, ne peut être déclaré absent. C'est ce qui me faisait dire que l'on doit toujours prendre pour mesure de la convenance de la déclaration d'absence l'étendue du besoin qui la fait demander. Cette déclaration d'absence ne se fait pas même explicitement, elle résulte implicitement de la nomination d'un curateur, de l'envoi en possession, et de la dissolution de la communauté.

Voy. ci-dessus rapport des Commissaires, p. 540, et suiv.

[ARTICLE 87.]

CHAPITRE PREMIER.

CHAPTER FIRST.

DE LA CURATELLE AUX ABSENTS.

OF CURATORSHIP TO ABSENTEES.

87. S'il y a nécessité de pourvoir à l'administration des biens d'un absent qui n'a pas de procureur fondé, ou dont le procureur n'est pas connu ou refuse d'agir, il peut, à cette fin, être nommé un curateur.

87. If it be necessary to provide for the administration of the property of an absentee who has no attorney, or whose attorney is unknown or refuses to act, a curator may be appointed for that purpose.

* *Bretonnier, Recueil de Quest. de droit, Vbis des absents, ch. III, p. 7.* } Lorsqu'un homme s'absente pour crime ou faillite, ce n'est pas le cas de donner la possession de ses biens à ses héritiers, parcequ'il y a des actions ouvertes sur ses biens à la requête des créanciers ou des parties intéressées à la poursuite du crime ; on ne parle donc ici que d'un homme dont l'absence n'a point une telle cause. Dans ce cas, lorsqu'on n'en a plus de nouvelles, s'il n'a chargé personne de sa procuration pour veiller à ses biens, et qu'il soit nécessaire d'y commettre un curateur, on peut sans attendre plus longtemps en faire nommer un, lequel aura l'administration des biens jusqu'à ce que l'on en donne la possession aux héritiers.

* 1 *Nouveau Denizart, Vo. absence, no. 3, p. 56.* } A l'instant où une personne disparaît de la société, ceux que la loi appelle à lui succéder, et qui ont seuls alors intérêt et qualité pour agir, doivent faire constater son *absence*, suivant la forme marquée au § II, no. 1. (§ II no. 1. L'absence proprement dite, d'une personne doit être ordinairement cons-

[ARTICLE 87.]

tatée par un acte notarié, signé de plusieurs témoins dignes de foi et choisis dans le lieu où elle avait son domicile, lesquels attestent que depuis telle époque on n'a point reçu de ses nouvelles) et ensuite présenter requête au juge, pour faire nommer un curateur qui se charge de l'administration des biens de l'absent. Ce curateur doit faire apposer les scellés sur les effets de l'absent, et en faire faire inventaire, et aussitôt que l'envoi en possession des biens de celui-ci est ordonné, il doit rendre compte de son administration aux parens qui sont envoyés en possession.

No. 4.—Il n'y aurait pas lieu de nommer un semblable curateur, si l'absent avait donné, avant sa disparition, ses pouvoirs à quelqu'un pour gérer ses affaires ; mais le fondé de procuration de l'absent est obligé de rendre compte à ses parens lorsqu'ils sont envoyés en possession de ses biens.

* *S. R. B. C., ch. 86,* } *Sec. 2.—Assemblées devant notaire par*
sec. 2 et suiv. } *ordre d'un juge.*—Considérant que par
 fois il résulte de grands inconvénients de la nécessité d'exiger la présence des parens ou amis devant un des juges de la Cour Supérieure, pour donner leurs avis et opinion sur les élections de tutelle ou *curatelle aux absents* ou aux biens vacants et autres matières qui exigent tels avis et opinion, lorsque les dits parens et amis résident à la distance de cinq lieues et au-delà des lieux où siège la dite cour, quoique dans le district :—à ces causes, la dite cour supérieure, ou aucun des juges d'icelle pourra, sur demande des parties, autoriser *quelque notaire*, et, au défaut de notaire, quelqu'autre personne convenable, résidant près de l'habitation de tels parens et amis, les assembler, leur administrer le serment suivant la loi, et recevoir leurs avis et opinion touchant la matière qui leur sera commise, en dresser acte par écrit en bonne forme et le transmettre à la cour ou au juge, d'où tels pouvoirs et autorité peuvent avoir été reçus ; et tout juge de la dite cour

[ARTICLE 87.]

pourra procéder sur la matière et accorder tels actes, ordres ou élections, d'une manière aussi ample, que si les dits parens ou amis avaient été présents et eussent donné personnellement devant lui leur opinion sur l'objet en question,—et tout juge de la dite cour supérieure pourra nommer un notaire ou autre personne convenable, comme ci-dessus, pour l'apposition et levée des scellés sur requête présentée à cet effet. (34 G. 3, c. 6, s. 9.)

Sec. 3.—Les notaires, et à leur défaut, telles autres personnes convenables qui pourront être autorisées par l'un des juges de la cour supérieure, à recevoir l'avis des parens ou amis sur des élections de gardiens ou tuteurs, subrogés-tuteurs, ou *curateurs aux absents*, ou aux biens vacants, et autres matières qui exigent tels avis et opinion, sont par le présent autorisés, après telle élection, à faire prêter le serment d'office aux gardiens, tuteurs, subrogés-tuteurs ou *curateurs* qui seront nommés par les dits parens ou amis, et en dresseront acte pour être transmis à la cour ou au juge d'où le pouvoir aura émané. (48 G. 3, c. 22, s. 4). (Consultez ce statut.)

* *Biret, Traité de l'absence*, } Il y a nécessité de conserver
ch. 1, pp. 21, 22. } les propriétés de l'absent, lorsqu'elles sont exposées aux dilapidations, aux soustractions, à la violence, ce qui peut arriver particulièrement si la personne disparue n'a pas laissé de procuration, ou si le mandataire qui a été choisi n'a pas accepté, ou s'il est décédé, ou si le temps du mandat est expiré, ou enfin si le mandat même ne contient pas de pouvoirs suffisans.

Il y a encore nécessité de protéger les biens de l'absent dans plusieurs circonstances prévues par les législateurs.

Dans ces différens cas, l'autorité compétente établit soit des agens temporaires, soit des administrateurs permanens ; ici c'est un notaire qui représente l'absent dans des opérations spéciales, telles que les inventaires, comptes et partages,

[ARTICLE 87.]

mais qui ne dirige pas les actions qui appartiennent à l'absent ; là c'est un curateur dont les pouvoirs s'étendent à tous les actes que l'administration des biens de l'absent peut exiger, mais les uns et les autres sont comptables, et essentiellement révocables.

* *Rogron sur art. 112,* } *Nécessité.*—On n'a pas voulu que,
C. N., p. 20. } sous un frivoie prétexte, on pût s'immiscer dans l'administration des biens d'un absent. La nécessité est donc une condition sans laquelle le tribunal ne doit rien statuer ; mais c'est à lui qu'il appartient de juger s'il y a en effet nécessité.

A l'administration.—Si, par exemple, des terres restent sans culture, si des bâtiments se dégradent, le tribunal peut ordonner les mesures qu'il juge convenables.

De procureur fondé.—Dans ce cas, le procureur administre les biens ; mais il est clair que si la procuration vient à cesser, le tribunal doit statuer, s'il y a nécessité.

Il y sera statué.—Autrefois, on nommait dans tous les cas un curateur à l'absent, ce qui avait l'inconvénient de placer toujours un tiers à la tête de ses biens : le tribunal pourra encore en nommer un, s'il le croit nécessaire, mais il peut s'en dispenser, s'il n'en voit pas la nécessité.

Des parties intéressées.—Il faut donc qu'elles aient un intérêt qui puisse être l'objet d'une demande, d'une action : par exemple, des créanciers, des associés, des fermiers, un mari, une femme ; et aussi un enfant, un père qui réclameraient des aliments, etc. Des héritiers présomptifs, qui n'ont qu'un intérêt éventuel, des parents qui n'ont qu'un intérêt d'affection, des amis ne pourraient point agir pour que le tribunal statuât. Mais il pourraient solliciter le ministère public pour qu'il agit dans l'intérêt de l'absent ; quelques auteurs pensent même que les *héritiers présomptifs* ont un intérêt suffisant pour agir par eux-mêmes.

[ARTICLE 88.]

3 *Revue légale. Dt. civ.* } ...L'ignorance où seraient les intéres-
M. Loranger, p. 50. } sés de la procuration, ou le refus du
 mandataire de l'exécuter, équivalent à l'absence totale de
 procuration. Ce sont les tribunaux, les juges et les protono-
 taires à qui la loi délègue la nomination du curateur, qui
 doivent apprécier les circonstances pour savoir si les inté-
 ressés sont justiciables de plaider cette ignorance, ou si les
 actes explicites ou implicites, dont on veut inférer le refus
 d'agir du procureur garantissent cette conclusion.

» *C. N., 112.* } S'il y a nécessité de pourvoir à l'adminis-
 } tration de tout ou partie des biens laissés par
 une personne présumée absente, et qui n'a point de procu-
 reur fondé, il y sera statué par le tribunal de première ins-
 tance, sur la demande des parties intéressées.

C. de la Louis., 50. } Lorsqu'un individu possédant des biens
 } dans cet état sera absent ou résidant hors
 de l'Etat, sans avoir laissé quelqu'un chargé de la conduite
 de ses biens, ou si celui qui en était chargé vient à décéder,
 ou ne peut ou ne veut plus continuer à les administrer, le
 juge du lieu où sont situés ces biens, nommera un curateur
 pour les gérer.

88. Il est statué sur la
 nécessité de cette nomina-
 tion à la demande des in-
 téressés, sur l'avis du con-
 seil de famille, composé et
 convoqué en la manière
 pourvue au titre *de la mi-
 norité, de la tutelle et de
 l'émancipation*, avec l'ho-
 mologation du tribunal ou
 de l'un de ses juges ou du
 protonotaire.

88. The necessity for
 such appointment is de-
 termined, at the instance
 of those interested, on the
 advice of a family council
 called and composed in
 the manner provided in
 the title *of minority, tutor-
 ship and emancipation*, and
 homologated by the Court,
 or by one of its judges, or
 by the prothonotary.

[ARTICLE 88.]

Voy. les autorités sous l'art. précédent.

* S. R. B. C., } De l'exercice de certains pouvoirs judiciai-
 ch. 78, sec. 23. } res hors de cour, par les juges et les protono-
 taires, ou par les présidents des sessions de quartier.

Sec. 23.—Tout juge de la Cour Supérieure, en tout endroit où la dite cour ou la cour de Circuit doit être tenue, tant en cour que hors de cour, pendant le terme ou hors de terme, ou durant la vacance, et tout protonotaire de la Cour Supérieure à l'endroit où il tient son bureau, hors de cour, mais durant le terme ou hors de terme, auront et pourront exercer dans et pour le district dans lequel tel endroit comme susdit se trouve, le même pouvoir et la même autorité dont sont alors revêtus la Cour Supérieure et ses juges pour la vérification des testaments, *pour l'élection* et nomination de tuteurs et *curateurs*, tant sous la loi générale que sous les dispositions du chapitre quatre-vingt-sept de ces statuts refondus, concernant les débiteurs insolvables, ou sous tout autre acte, pour recevoir les conseils et les avis de parents et amis dans les cas où la loi le requiert, pour les clôtures d'inventaires, attestation de comptes, insinuations, apposition et levée de scellés, émancipation des mineurs, homologation ou refus d'homologation des procédures adoptées aux assemblées pour avis de parens, convoquées et tenues par un notaire ou tenues en sa présence, et pour tous autres actes de la même nature exigeant diligence ; et les procédures en pareil cas formeront partie des archives de la Cour Supérieure à l'endroit où elles ont lieu, ou de la cour de circuit de tel endroit, si la Cour Supérieure n'y est pas tenue.

2. Mais les nominations et ordres faits par un protonotaire en vertu de cette section, ou faits en vertu de la même section par tout juge hors de cour, pourront être mis de côté par tout juge de la dite cour siégeant dans le même district, en cour et durant le terme, en la même manière et en vertu

[ARTICLE 88.]

des dispositions de la loi d'après lesquelles toutes nominations et ordres faits par un ou plusieurs juges hors de cour, dans les matières exigeant diligence peuvent être mis de côté par la Cour Supérieure. (12 V. c. 38,—20 V. c. 44, s. 91.)

3 *Revue Légale. Droit Civil* } Il est un abus fort commun qui
 par M. Loranger, p. 96. } s'est glissée devant presque toutes
 les juridictions du pays, dans la composition des conseils de famille, et que l'on croit devoir signaler ici. En matière de curatelles aux absents et aux interdits, de tutelle spéciale, ou générale aux mineurs, d'autorisation à vendre leurs biens, ou autres procédures qui exigent l'avis des parents, l'on est dans l'habitude d'appeler au conseil de famille, comme *amis* des gens qui non-seulement, n'ont pas eu de rapports d'amitié ou d'intimité avec l'absent, celui que l'on veut faire interdire, ou les défunts, conditions indispensables, pour justifier leur participation à l'assemblée, *amicos appellare debemus non levi notitia conjunctos, sed quibus fuerint jura cum patrefamilias, honestis familiaritatis quæsitæ rationibus*, ff. L. 50. T. 16, l. 233, mais encore des étrangers ne portant aucun intérêt aux absents et aux mineurs, et qui le plus souvent donnent un avis qu'on leur a dicté d'avance. L'acte de délibération du conseil de famille, désigne comme *amis*, et, par faiblesse ou incurie, les juges, protonotaires et greffiers, homologuent la délibération.

C'est ainsi qu'une pratique vicieuse peut produire des tutelles pernicieuses pour les mineurs, les exposer à la perte de leurs biens, et causer une immixtion indue dans l'administration des biens des absents.

Pour obvier à ces inconvénients, les fonctionnaires à qui on confie le devoir d'homologuer les avis de parents, devraient soigneusement s'enquérir de la filiation des absents et des mineurs ainsi que des autres personnes, à l'occasion desquelles le conseil de famille est convoqué et de leur parenté ; s'in-

[ARTICLE 89.]

former du nombre de parents vivants, de leur résidence, et de leur proximité, voir à ce que les parents les plus proches dans les deux lignes soient présents ou assignés, et à leur défaut, les plus rapprochés, dans les deux lignes ou l'une d'elles, suivant le cas ; ne recevant les parents d'un district étranger, qu'au cas de défaillance de la parenté du district où se fait la nomination.

1 *Bavoux et Loyseau, Jurisp.* } Pour constater l'absence, le
 du Cod. Nap., p. 137. } tribunal, d'après les pièces et
 documens produits, ordonnera qu'une enquête soit faite, contradictoirement avec le commissaire du gouvernement, dans l'arrondissement du domicile et dans celui de la résidence, s'il sont distincts l'un de l'autre. (Art. 116 du Cod. civ.)

89. Les curateurs nom- més aux biens des absents prêtent serment de bien et fidèlement remplir les devoirs de leur charge et de rendre compte.	89. Curators to the pro- perty of absentees make oath faithfully to fulfil the duties of their office and to account.
---	---

* 2 *Pigeau, Liv. 3,* } Le devoir du curateur est de gérer
 art. 10, p. 510. } la succession comme l'héritier bénéfi-
 ciaire. Au surplus, dans l'usage, ce n'est qu'un homme de paille, c'est-à-dire, qu'il est établi seulement pour la forme, et que ce sont les personnes qui l'ont fait nommer, qui font ses fonctions sous son nom.

Id. p. 511.—Le curateur est tenu de rendre compte, comme l'héritier bénéficiaire. Il est, comme lui, préférable à tous créanciers pour ses frais et dépenses ; parce que, sous un administrateur, ils n'auraient pu toucher leur dû ; il a même cet avantage sur l'héritier bénéficiaire que celui-ci prend qualité à ses frais, parce que c'est pour son intérêt qu'il la

[ARTICLE 89.]

prend (puisque s'il reste quelque chose, les dettes payées, il en profite), au lieu que les frais de la sentence de curatelle se prennent sur la chose, la fonction du curateur étant gratuite et désintéressée.

3 *Revue légale. Droit Civil.* } Pour être curateur il faut être
M. Loranger, p. 97 et suiv. } majeur, et du sexe masculin.
 Les femmes sont exclues de la curatelle à l'absent comme étant une charge virile. La loi ne fait pas, pour la mère et les ascendantes de l'absent, non plus que pour sa femme, l'exception qu'elle a créée pour la mère et les ascendantes du mineur et l'épouse de l'interdit, en statuant par les articles 282 et 342 que ces dernières peuvent être tutrices à leurs enfants et petits enfants, et curatrices à leurs maris. La nomination d'une femme comme curatrice à un absent, faite par le conseil de famille, ne devrait pas être homologuée.

Le curateur doit prêter serment de bien remplir son devoir, et de rendre compte de son administration ; sans cette prestation, il n'est pas saisi de l'administration des biens de l'absent. Cette prestation de serment peut être faite devant le tribunal, le juge ou le protonotaire qui homologue l'avis de parents, et immédiatement après cette homologation. Ce serment peut cependant être prêté plus tard, et par acte séparé qui s'écrit au pied de l'acte d'homologation.

...Cet inventaire doit être fait devant notaires... La seule conséquence du défaut d'inventaire est, qu'à l'expiration de la curatelle, le curateur sera privé du bénéfice qu'il en aurait retiré, c'est-à-dire qu'il ne pourra l'invoquer, pour n'être tenu de la représentation des biens que jusqu'à concurrence de ceux qui s'y trouveraient compris. Le curateur de l'absent, ou ses représentants, seront alors dans la situation légale qu'engendre en général le défaut d'inventaire, de la part de ceux qui sont tenus d'en faire un.

[ARTICLES 90 et 91.]

* C. L. 52. } Le curateur nommé à l'absent est tenu
 } de prêter serment de se bien et fidèlement comporter dans son administration, et d'en rendre compte à qui de droit.

Il doit en outre faire faire bon et fidèle inventaire estimatif des biens commis à sa garde, par le juge ou par le premier notaire dûment autorisé à cet effet par le juge, et donner bonne et suffisante caution du montant de l'inventaire, pour sûreté de son administration.

90. Le curateur est tenu de faire faire devant notaire, bon et fidèle inventaire et estimation de tous les biens commis à sa charge, et il est soumis, quant à son administration, à toutes les obligations dont le tuteur est tenu.	90. The curator is bound to cause to be made, in notarial form, a faithful inventory and valuation of all the property committed to his charge, and for his administration he is liable to the same obligations as those to which tutors are subject.
--	---

Voyez les autorités sous l'article précédent.

91. Les pouvoirs de ce curateur se bornent aux actes de pure administration ; il ne peut aliéner, engager, ni hypothéquer les biens de l'absent.	91. The powers of such curator extend to acts of administration only ; he can neither alienate, pledge nor hypothecate the property of the absentee.
--	--

*1 *Encyclop., du droit. Sebire et C.,* } 16. Quant à la manière
 Vo. absent, p. 45. } de pourvoir à l'administration des biens, jusqu'à l'envoi en possession des héritiers

[ARTICLE 92.]

présomptifs, il paraît que l'usage général était de nommer, s'il y avait lieu, un curateur sur la requête des parties intéressées.

*2 *Recueil des arrêtés de M. de Lamoignon*, } Pour ce qui
tit. 6, Des absents, p. 42. } concerne l'admini-
 ministration des biens de l'absent, lorsqu'on n'en a plus de
 nouvelles, et qu'il n'a chargé personne d'administrer pour
 lui, la justice commet, à la requête des parens et héritiers
 présomptifs, un curateur qui régit jusqu'à ce qu'on en ac-
 corde la possession aux héritiers.

Consultez 3 *Revue légale*, p. 600 et suiv.

92. La curatelle à l'ab-
 sent se termine :

1. Par son retour ;
2. Par sa procuration
 adressée au curateur ou à
 toute autre personne ;

3. Par l'envoi en pos-
 session provisoire de ses
 biens accordé à ses héri-
 tiers dans les cas prévus
 par la loi.

92. The curatorship to
 the absentee is brought to
 an end :

1. By his return ;
2. By his sending a
 power of attorney to the
 curator or to any other
 person ;

3. By his heirs being
 authorized to take provi-
 sional possession of his
 property, in the cases pro-
 vided by laws.

*1 *Encyclop., du Droit, Sebire* } 97. Toutes les mesures aux-
et Carteret, Vo. absent, p. 56. } quelles donne lieu la déclara-
 tion d'absence ont pour base unique l'incertitude qui règne sur
 la vie ou la mort de l'absent ; elles doivent conséquemment
 cesser avec cette incertitude, soit qu'il y ait preuve acquise de

[ARTICLE 93.]

sa mort, soit qu'il y ait au contraire preuve de sa vie par son retour ou par les nouvelles qu'on a de lui.

Voy. Lamoignon, cité sous l'art. 91.

CHAPITRE DEUXIÈME.

DE LA POSSESSION PROVISOIRE
DES HÉRITIERS DE L'ABSENT.

CHAPTER SECOND.

OF THE PROVISIONAL POSSESSION
OF THE HEIRS OF ABSENTEES.

93. Lorsqu'une personne a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence, et que, depuis [cinq ans], on n'en a point eu de nouvelles, ses héritiers présomptifs au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles, peuvent se faire envoyer, par justice, en possession provisoire de ses biens, à la charge de donner caution pour la sûreté de leur administration.

93. Whenever a person has ceased to appear at his domicile or place of residence, and has not been heard of for a period of [five] years, his presumptive heirs at the time of his departure or of the latest intelligence received, may obtain from the court authority to take provisional possession of his property, on giving security for their due administration of it.

* *Pothier, Introd. au titre 17* } Lorsqu'une personne est ab-
Cout. d'Orl., no. 37, p. 585. } sente, et qu'on n'a d'elle aucune nouvelle, quoiqu'il soit en ce cas incertain si cet absent est vivant ou mort, et par conséquent si sa succession est ouverte ou non, néanmoins comme il est de l'intérêt public que les biens des absents ne soient pas abandonnés pendant un trop long temps, après un certain temps différemment fixé par les coutumes, et qui dans celles qui, comme dans la nôtre, ne s'en sont pas expliquées, est ordinairement de dix ans, depuis

[ARTICLE 93.]

la dernière nouvelle qu'on a eue de l'absent, ou depuis son départ si on en a eu aucune, il est d'usage que les parens de cet absent, qui sont en degré de lui succéder, soient mis provisionnellement en possession de ses biens. Ils doivent pour cet effet donner requête au juge du lieu du dernier domicile de l'absent, lequel, après une enquête qui constate la longue absence, rend une ordonnance qui leur permet de se mettre en possession des biens de l'absent, à la charge de donner caution, ou du moins de faire leurs soumissions de les restituer et d'en rendre compte à l'absent en cas de retour, ou à qui il appartiendra, dans le cas auquel on aurait par la suite des nouvelles de lui. En conséquence les parens mis en possession, peuvent faire rendre compte à la personne chargée de l'administration des biens de l'absent, et en recevoir le reliquat, en donnant caution à ce Procureur de le garantir du compte qui pourrait lui être demandé par l'absent en cas de retour.

Observez néanmoins qu'il y a de certaines circonstances qui peuvent former des présomptions pour assigner à certains temps l'ouverture de la succession d'un absent. Par exemple, si un homme de guerre a cessé de paraître et de donner de ses nouvelles après une bataille où son régiment s'est trouvé ; quoiqu'il n'y ait pas de certitude entière de sa mort, il y a une présomption suffisante qu'il a été tué, pour assigner au jour de cette bataille l'ouverture de la succession. Pareillement lorsqu'un homme s'est embarqué sur un certain vaisseau dont on n'a eu aucune nouvelle depuis longtemps, la présomption est qu'il est péri avec le vaisseau, et que l'ouverture de sa succession ne peut être assignée plus tard qu'au bout du temps qu'a pu durer le voyage du vaisseau.

[ARTICLE 93.]

* *Pothier, Des Successions,* } Quand est présumée ouverte
ch. 3, s. 1, § 1, p. 123. } la succession d'un absent dont
on n'a point de nouvelles ?—C'est une question difficile à décider, de quand doit être présumée ouverte la succession d'une personne dont on ne sçait ni la vie, ni la mort. L'opinion la plus probable est de réputer sa succession ouverte du jour de la dernière nouvelle qu'on a eue de lui ; ce n'est pas qu'il y ait lieu de présumer qu'il est mort dès ce temps, plutôt que dans un autre temps ; mais c'est que n'y ayant aucune raison d'assigner sa mort à un temps, plutôt qu'à un autre, et étant néanmoins nécessaire de fixer le temps de l'ouverture de sa succession, on ne peut mieux le fixer qu'au temps où on a cessé d'avoir des nouvelles de lui ; parce que, s'il n'est pas effectivement mort dès ce temps, il l'est au moins équipollement par rapport à la société des hommes ; car par rapport à la société, c'est à peu près la même chose qu'un homme n'existe point, ou qu'on ait aucune connaissance de son existence.

On n'admet pas néanmoins les parens d'un absent à se mettre en possession de ses biens, aussitôt qu'on a cessé d'avoir des nouvelles de lui ; on attend pour cela un temps assez considérable, surtout lorsqu'il a laissé procuration à quelqu'un pour administrer ses affaires. Ce temps est différemment réglé par quelques coutumes. Dans celles qui n'en ont point de disposition, on le fixe ordinairement à dix ans ; mais lorsque ce temps s'est écoulé depuis la dernière nouvelle, sa succession est présumée ouverte dès le temps de la dernière nouvelle ; et on admet à la partager provisionnellement, non pas ceux précisément qui se trouvent pour lors habiles à lui succéder, mais ceux qui l'étaient dans ce temps, ou ceux qui ont succédé à ces personnes.

[ARTICLE 93.]

* Bretonnier, *Quest. de droit*, } Après un certain tems d'ab-
 ch. 3, p. 7. } sence, l'on donne la possession
 des biens de l'absent à ses plus proches héritiers ; mais ce tems
 n'est pas certain et uniforme.

[P. 8.] La difficulté consiste à sçavoir à quels héritiers l'on doit donner la possession des biens, ou aux héritiers de ceux qui étaient lors du départ, ou de la dernière nouvelle de l'absent, ou à ceux qui sont les plus proches, lorsque les dix ans sont accomplis.

Les auteurs sont partagés sur cette question. Les arrêts du Parlement de Paris semblent avoir varié.....

M. Lebrun, dans son traité des successions, chap. 1, soutient que la possession doit être donnée à ceux qui sont les plus proches héritiers, lorsque les dix ans d'absence sont accomplis.

Mais M. le premier Président de Lamoignon, dans ses arrêts, décide le contraire en ces termes :

“ L'absent est réputé mort du jour qu'il n'a pas paru, et de la dernière nouvelle qui a été reçue de lui.”

Cette décision est dans les règles, parce que l'absent, dont on n'a point de nouvelles, est réputé mort par fiction ; or, les fictions ont toujours un effet rétroactif.

[P. 9.] Voilà pour ce qui concerne les héritiers *ab intestat* ; mais la difficulté est plus grande à l'égard des héritiers testamentaires ; sçavoir, s'ils peuvent demander la possession des biens de l'absent, et en quel tems.

Les auteurs sont partagés sur cette question.

Il y en a qui tiennent qu'il faut donner la possession des biens à l'héritier institué, préférablement à l'héritier *ab intestat* ; ils citent pour eux un arrêt rendu au Parlement de Paris, le 27 avril 1662, qui est rapporté dans le Journal des Audiences, tom. 2, liv. 4, ch. 60, qui a permis d'ouvrir le tes-

[ARTICLE 93.]

tament d'un absent, pour ensuite être ordonné ce que de raison ; mais cet arrêt ne peut pas être tiré à conséquence, parce que dans l'espèce, il y avait des présomptions très fortes de la mort de l'absent.

[P. 10.] D'autres soutiennent qu'un testament ne peut avoir aucun effet qu'après la mort certaine du testateur, que par conséquent la possession des biens de l'absent ne doit point être donnée à l'héritier institué ; ils citent un arrêt rendu au Parlement de Toulouse, le 2 Juin 1650, qui l'a ainsi jugé.

La décision de cet arrêt est juste ; mais elle reçoit deux exceptions et une limitation.

La première exception est en faveur de l'héritier institué, qui se trouve être l'un des héritiers présomptifs ; ayant pour lui la vocation de la loi et la volonté du testateur, il doit l'emporter sur les autres héritiers présomptifs.

La seconde, quand l'héritier institué, quoiqu'étranger, est chargé de la procuration de l'absent, pour lors la double confiance que le testateur a témoigné avoir en lui, doit le faire maintenir dans l'administration des biens qui lui a été confiée par l'absent : c'est le sentiment de M. Catelan, t. 1, liv. 2, ch. 57 et de M. de Vedel, en ses observations, liv. 2, ch. 57.

Mais quoique l'héritier institué ne soit, ni héritier présomptif, ni porteur de procuration, il faut pourtant lui donner un jour la possession des biens de l'absent. M. Catelan, au même endroit, estime qu'il faut d'abord la donner à l'héritier présomptif, et dix ans après à l'héritier institué. Je crois qu'il serait mieux de ne donner la possession des biens à l'héritier institué, que trente ans après le départ de l'absent, ou après la dernière nouvelle que l'on a eue de lui ; mais en quelque tems que l'on la lui donne, si dans la suite il peut justifier du décès de l'absent, l'héritier présomptif sera tenu de lui rendre les fruits.

[ARTICLE 93.]

* 3 *Pandec.* } 3.—Il était bien nécessaire de faire disparaître
Frs., p. 3. } ces différens usages sur le même point ; usa-
 ges qui n'étaient pas même invariablement constans dans
 les mêmes tribunaux ; et d'établir une règle uniforme, cer-
 taine et invariable. C'est ce que fait la loi ; et c'est, sans
 contredit, un grand service rendu à la société.

3 *Revue légale—Droit civil—* } Ce n'est pas aux héritiers
M. Loranger, p. 107. } présomptifs de l'absent, à l'é-
 poque de l'envoi en possession, qu'elle (la succession) est at-
 tribuée, mais à ceux que la loi aurait appelés à sa succession
ab intestat, si elle se fût ouverte par sa mort arrivée à l'épo-
 que du départ, ou des dernières nouvelles, c'est-à-dire au
 commencement de l'absence.

Voilà un aperçu fondamental qu'il ne faudra pas oublier
 dans notre examen de ce chapitre. La raison de cette dévo-
 lution, est que l'envoi en possession provisoire est fondé sur
 la supposition que l'absent est mort *intestat*, à l'époque du
 départ ou des dernières nouvelles ; et cet envoi est soumis
 aux règles qui eussent régi la succession légitime, sans avoir
 égard aux testaments qu'il aurait pu faire avant son absence.

Cette supposition n'a cependant point de caractère durable
 et ne produit aucun effet permanent. C'est une fiction créée
 pour satisfaire aux besoins du moment, et qui disparaît de-
 vant de nouvelles exigences, engendrées par la réalité, si elle
 lui est contraire. Ainsi, si l'absent reparait pendant la pro-
 vision provisoire, ses biens lui sont restitués, ou si la preuve
 de sa mort, soit avant, soit après l'envoi en possession, est
 rapporté, la succession est dévolue à ses héritiers présomp-
 tifs en existence au moment du décès, ou à ses légataires,
 s'il a laissé un testament.

Les héritiers présomptifs, de l'absent, ne sont pourtant pas
 les seuls, qui puissent demander l'envoi en possession ; à leur
 défaut, et s'ils refusent de le faire, les héritiers d'un degré
 plus éloigné peuvent le demander à leur place.

[ARTICLE 94.]

C'est au tribunal du domicile de l'absent, c'est-à-dire à la Cour Supérieure du district où il résidait, quand même ses biens seraient situés dans un autre district, que, comme pour la curatelle, on doit s'adresser, pour demander l'envoi en possession.

Voy. les autorités citées sous l'art. suivant.

* *C. N.*, 115. } Lorsqu'une personne aura cessé de paraître
 } au lieu de son domicile ou de sa résidence,
 et que, depuis quatre ans, on n'en aura point eu de nouvelles,
 les parties intéressées pourront se pourvoir devant le tribu-
 nal de première instance, afin que l'absence soit déclarée.

* *C. L.*, 58. } Lorsqu'une personne aura cessé de paraître au
 } lieu de son domicile ou de sa résidence ordinaire,
 et que depuis cinq ans on n'aura point eu de ses nouvelles,
 ses héritiers présomptifs pourront, sur la preuve de ces faits,
 se faire envoyer par justice en possession provisoire des biens
 qui appartenaient à l'absent au jour de son départ ou de ses
 dernières nouvelles, à la charge de donner caution pour sû-
 reté de leur administration.

94. La possession provi-
 soire peut être ordonnée
 avant l'expiration du dé-
 lai ci-dessus, s'il est établi,
 à la satisfaction du tribu-
 nal, qu'il y a de fortes pré-
 somptions que l'absent est
 mort.

94. Provisional posses-
 sion may be authorized be-
 fore the expiration of such
 delay, if it be established
 to the satisfaction of the
 court that there are strong
 presumptions that the ab-
 sentee is dead.

Voyez *Bretonnier* et *Pothier*, cités sous l'art. 93 et 2 Lamoignon, cité sous l'art. 93.

[ARTICLE 94.]

* 1 *Encyclopéd. du droit*, } 70. Les juges, à cet égard, doivent
S. et C., Vo. absent, p. 53. } statuer d'après les circonstances qui,
 en expliquant l'absence et le défaut de nouvelles, peuvent rendre le retour plus ou moins probable.

* Lebrun—*Successions*, l. } Encore que l'on présume
 1, ch. 1, sec. 1, § 5. } que les cent années sont les bornes de la vie de l'homme, on ne laisse pas quelquefois de partager les biens de l'absent par provision après un espace de temps raisonnable ; et cela ne se fait pas tant à titre de succession, qu'à titre de dépôt et de séquestre, selon Charondas en ses Rép., Liv. 7, R. 106 et 107. A quoi est conforme l'arrêt du 27 Avril 1662, rendu pour la succession du Sieur Haultin, auditeur des comptes, qui permet à ses héritiers de faire l'ouverture d'une cassette et d'un testament, après trois à quatre ans d'absence. Il y a quelques coutumes dans le royaume qui en disposent, comme en la coutume du Maine, qui dit en l'article 287, que si quelqu'un est absent depuis sept années, sans que sa femme, ni ses enfans, ni autres, aient eu de ses nouvelles, ses héritiers se peuvent faire ensaisiner des choses de sa succession. A quoi est conforme l'article 268 de la coutume d'Anjou. ...Dupineau sur l'article 269 de la coutume d'Anjou, observe très bien, que dans ces coutumes, l'absent n'est pas censé mort après sept ans, mais que l'on permet seulement aux héritiers de se faire ensaisiner de ses biens pour se les conserver ; qu'en effet ces coutumes parlant des parens de l'absent, elles ne les qualifient pas d'héritiers ; mais elles appellent à cette saisine provisionnelle ceux qui doivent être ses héritiers, et qu'enfin elles les obligent à restitution, en cas que l'absent revienne ; ce qui marque qu'elles ne présument pas sa mort par une si courte absence. Que s'il n'y a qu'un parent dans le plus proche degré, il doit être dépositaire de tous les biens.

[ARTICLE 94.]

Id., § 8.—L'on ne peut pas déterminer de quel temps doit être l'absence pour donner lieu à un partage provisionnel, et cela doit être laissé à l'arbitrage du Juge, qui examinera les circonstances.

* 1 *Journal des audiences, Arrêt* } “ Un jeune homme ne pa-
du 2 Janvier 1634, p. 177. } raissant plus, présumé mort
 et sa succession quant aux meubles et acquêts, adjudgée à
 l'aïeule, contre des collatéraux qui le soutenaient vivant en
 des voyages, et qu'un homme est présumé vivre cent ans.”

Le lundy, 2 Janvier 1634, jugé au rôle de Vermandois, qu'un jeune homme ne paraissant plus, et dont on n'avait point ouï de nouvelles, il y avait plus de dix ans, était réputé décédé dès l'instant et moment qu'il s'était retiré, ou avait cessé d'être vu, à l'effet que son ayeule qui a survécu deux ans depuis qu'il n'avait plus paru, pût être réputée avoir recueilli sa succession quant aux meubles et acquêts, et furent les héritiers collatéraux, qui soutenaient que les meubles et acquêts de leur parent absent, leur devaient être délivrés par provision, attendu que selon la présomption commune de droit, un homme est présumé vivre cent ans, quant à présent, déclarez non recevables en leur demande, qui est à dire jusqu'à ce qu'il fût apparu, et qu'ils eussent vérifié qu'il était encore vivant, lors du décès de son ayeule. Ce qui est en apparence contraire à l'arrêt des Tielemans, du 7 Juillet 1629.

Mais la particularité qui se trouvait en ce fait ici, était que ce jeune homme avait été envoyé nouvellement en cette ville de Paris, pour demeurer chez un Procureur, et qu'à quelque temps de-là on ne sçavait ce qu'il était devenu, s'il avait été tué par mauvaises rencontres à Paris, ou en de mauvais lieux, ou s'il s'était absenté. En l'arrêt des Tielemans, l'absence était toute constante, et de plus il y fut prononcé équitablement pour la faveur des créanciers, comme ici en faveur de l'ayeule plus favorable que des collatéraux, et par ce moyen ces deux arrêts sont fort bien conciliés.

[ARTICLE 94.]

* IV Journ. des aud., Arrêt } “ Les biens d'un absent depuis
 du 9 Mars 1688, p. 79. } un long temps, doivent dans l'in-
 certitude du temps de son décès, être donnés à ses héritiers
 du jour de son absence, et non à ceux qui auraient pu être
 ses héritiers au temps qu'on le présume mort, ou ne devoir
 plus revenir.”

Le 9 mars 1688 cette question a été jugée à l'audience de la Grand'Chambre, prononçant Monsieur de Novion, Premier Président.

Le fait était qu'un jeune homme nommé de la Ruelle ayant envie de voyager, s'absenta pendant un long temps ; il avait laissé deux oncles septuagénaires qui étaient morts peu de temps après son départ. Les héritiers du dit de la Ruelle prétendaient avoir sa succession et celle de ses deux oncles décédés, étant probable qu'il leur avait succédé, comme y ayant plus de raison que lui jeune leur eût survécu, alléguant en leur faveur la présomption de la Loi 22, au Digeste, *de rebus dubiis*, qui décide que, *si cum pubere filio mater naufragio periit ; cum explorari non possit uter prior extinctus sit humaniùs est credere filium diutiùs vixisse.*

On répondait au contraire, que comme on ne pouvait pas dire qu'il fût mort au bout de dix ans plutôt qu'après 20 ans, il devait être réputé mort du jour de son départ, à l'exemple des captifs en l'espèce de la loi *Pater* 10 au Digeste, *de captivis et postliminio*, conçues en ces termes : *Pater instituto impuberi filio substituerat, et ab hostibus captus decessit. Postea defuncto impubere legitiman admitti, quibusdam videbatur : neque tabulas secundas in ejus personâ locum habere, qui vivo patre sui juris effectus fuisset. Verùm huic sententiæ refragatur juris ratio ; quoniam si pater, qui non rediit, jam tunc decessisse intelligitur, ex quo captus est substitutio suas vires necessariò tenet.*

Sur ces dernières raisons, les deux oncles furent réputés avoir succédé à leur neveu absent, et leurs héritiers jugés par l'arrêt être en droit de prétendre à l'une et l'autre succession.

[ARTICLE 94.]

* 2 Bretonnier sur Henrys, suite du } “ En quel tems les ab-
 Liv. 4, Quest. 160, p. 888 et suiv. } sens sont réputés morts.”

13. L'auteur traite ici une question d'absence, sçavoir en quel tems les absens sont réputés morts. Il dit que la jurisprudence des arrêts a varié sur cette question. Plût à Dieu que ces variations ne fussent pas ailleurs plus fréquentes ni plus irrégulières. Dans cette matière il faut distinguer les différentes espèces : *Distingue casus, et conciliabis jura.*

18.—...A l'égard des héritiers présomptifs, après dix ans l'absent est réputé mort, à l'effet de partager entre eux ses biens par provision, en baillant caution de rapporter les fruits en cas de retour. Ils sont aussi en droit d'obliger le tuteur de l'absent de leur rendre compte des biens du mineur et de leur payer le reliqua, en lui donnant caution de le faire décharger par le mineur en cas de retour. *Idem*, à l'égard d'un procureur étranger. (Boyer, quest. 88 et Chenu, quest. 77.) Dans tous ces cas la caution demeure déchargée après 30 ans.

19.—Quand l'absent ne revient point, il est réputé mort du jour de son départ, ou de la dernière nouvelle que l'on en a eue ; en sorte que sa succession est réputée ouverte dès ce tems là et les héritiers qu'il avait pour lors, sont présumés l'avoir recueillie dès ce moment ; et quoiqu'ils décèdent avant les dix années d'absence, ils ne laissent pas de transférer leur droit à leurs héritiers. Cela a été jugé de la sorte à l'audience de la Grand'Chambre de relevée, par un arrêt qui sera ci-après transcrit, rendu le 23 mars 1688, suivant les conclusions de Monsieur le président de Lamoignon, pour lors Avocat-Général, moi plaident pour Dame Marie le Breton, femme du Sieur Chomel, Médecin du Roy, et M. Guyot, pour Marguerite Guenichat, femme de Claude Guenois, Procureur de la Cour.

20.—Monsieur le Brun, dans son traité des successions, liv. 1, ch. 1 est d'avis contraire, il traite fort bien la question.

[ARTICLE 94.]

21.—Cette matière est très-bien expliquée dans les arrêtés de Monsieur le Premier Président de Lamoignon, au titre *des absents*. C'est un excellent ouvrage.... Ces arrêtés de Monsieur le Premier Président de Lamoignon, sont imprimés avec les œuvres de M. Auzanet, et donnés au public sur l'original écrit de la main de M. de Fourcroy.

22.—Depuis, j'ai vu le recueil d'arrêts de M. Catelan, Conseiller au Parlement de Toulouse. Dans le tom. 1, liv. 2, ch. 57, il cite deux arrêts des 5 Avril 1677 et 23 Mars 1679, par lesquels il a été jugé, que la succession d'un absent appartient à ses plus proches parens vivans au tems qu'on l'a cru mort ; c'est-à-dire, au jour qu'il a disparu, ou depuis que l'on n'a plus entendu parler de lui, et qu'ils transmettent leurs droits à leurs héritiers : ainsi la jurisprudence du Parlement de Toulouse, est conforme à l'arrêt de Paris que je rapporte ici. Quand je trouve une question décidée de la même manière par ces deux augustes sénats, je crois la décision infaillible.

* *Rousseaud de La Combe*, } 4.—L'on tient aujourd'hui pour
Recueil, Vo. absent., p. 2. } maxime qu'au bout de dix ans
d'absence ou des dernières nouvelles, l'absent est réputé mort
du jour de son départ, ou dernières nouvelles. (Ar. du 23 Mars
1688 sur les conclusions de M. de Lamoignon, Bretonnier sur
Henris, tom. 2. *Cet arrêt est aussi rapporté au Journal des Au-*
diences, mais daté du 9 Mars.)

* 3 *Pandectes Frs.*, } 14.—Lebrun, dans son traité des succes-
p. 14. } sions, fait une distinction. Il enseigne que
celui qui a disparu subitement, et, suivant ses expressions, qui
s'est perdu, est censé mort du jour de sa disparition : mais
que celui qui s'est absenté, n'est réputé mort, que du jour du
partage provisionnel de ses biens. On avait d'abord adopté
cette distinction. Depuis, elle a été abandonnée ; et l'on a

[ARTICLE 94.]

jugé, dans tous les cas, que l'absent était censé mort à compter du jour du départ, ou des dernières nouvelles.

C'est ce dernier état de la jurisprudence, que la nouvelle loi adopte et confirme, puis qu'elle accorde indistinctement la possession provisoire, aux héritiers présomptifs au jour du départ, ou des dernières nouvelles.

* 10 *Nouveau Denizart*, } 3.—Lorsque l'absence sans nou-
Vo. absent, p. 62-63. } velles s'est prolongée pendant un cer-
 tain temps, on en a tiré, dans les usages des différents pays,
 diverses conséquences.

Dans les uns, et c'est le plus grand nombre, on a pris pour règle que toute personne absente et dont la mort n'est pas constatée, doit être présumée vivre jusqu'à cent ans, c'est-à-dire jusqu'au terme le plus reculé de la vie ordinaire, et qu'alors même un autre mariage ne peut pas être contracté.

Dans d'autres pays on a pensé que, relativement à la possession et même à la propriété des biens de l'absent, il devait être présumé mort avant l'âge de cent ans, et que le mariage était le seul lien qui dût être regardé comme indissoluble avant l'expiration d'un siècle écoulé depuis la naissance de l'époux absent.

D'autres enfin ont distingué entre les absents qui étaient en voyage et ceux qui avaient disparu subitement. Dans ce dernier cas, on présumait plus facilement leur décès. Après un certain temps, on les réputait morts du jour qu'ils avaient disparu ; et ce temps était moins long lorsqu'on savait qu'ils avaient couru quelque danger.

Ces diverses opinions manquent d'une base solide, et elles ont conduit à des inconséquences. Il a paru préférable de partir d'idées simples et qui ne pussent pas être contestées.

Lorsqu'un long temps ne s'est pas encore écoulé depuis que l'individu s'est éloigné de son domicile, la présomption de

[ARTICLE 94.]

mort ne peut résulter de cette absence ; il doit être regardé comme vivant.

Mais si pendant un certain nombre d'années on n'a point de ses nouvelles, on considère alors que les rapports de famille, d'amitié, d'affaires, sont tellement dans le cœur et dans l'habitude des hommes, que leur interruption absolue doit avoir des causes extraordinaires ; causes parmi lesquelles se place le tribut même payé à la nature.

Alors s'élèvent deux présomptions contraires : l'une, de la mort, par le défaut de nouvelles ; l'autre, de la vie, par son cours ordinaire. La conséquence juste de deux présomptions contraires est l'incertitude. Les années qui s'écoulent ensuite rendent plus forte la présomption de la mort ; mais il n'est pas moins vrai qu'elle est toujours plus ou moins balancée par la présomption de la vie, et si à l'expiration de certaines périodes, il est nécessaire de prendre des mesures nouvelles, elles doivent être calculées d'après les différens degrés d'incertitude, et non pas exclusivement sur l'une ou l'autre des présomptions de vie ou de mort, ce qui conduit à des résultats très différens.

* *C. N.*, 117. } Le tribunal, en statuant sur la demande,
 } aura, d'ailleurs, égard aux motifs de l'absence
 et aux causes qui ont pu empêcher d'avoir des nouvelles de
 l'individu présumé absent.

* *C. L.*, 61. } L'envoi en possession provisoire pourra être
 } ordonné avant l'expiration des délais ci-dessus,
 quand il sera démontré qu'il y a de fortes présomptions que
 l'individu absent a péri.

[ARTICLES 95 et 96.]

95. Le tribunal, en statuant, sur cette demande a égard aux motifs de l'absence et aux causes qui ont pu empêcher d'avoir des nouvelles de l'absent.	95. In pronouncing on such demand, the court takes into account the reasons of the absence and the causes which may have prevented the reception of intelligence concerning the absentee.
---	--

* V. Pothier, *Introd. Cout. d'Orl.*, tit. 17, No. 37, cité sous l'art. 93 et les autorités citées sous l'article précédent.

96. La possession provisoire est un dépôt, qui donne à ceux qui l'obtiennent l'administration des biens de l'absent et qui les rend comptables envers lui, ou ses héritiers ou représentants légaux.	96. Provisional possession is a trust which gives to those who obtain it, the administration of the property of the absentee and makes them liable to account to him or to his heirs and legal representatives.
---	--

* Voy. les autorités citées sous l'art. suivant.

* C. N., 125. } La possession provisoire ne sera qu'un dépôt
 qui donnera, à ceux qui l'obtiendront, l'administration des biens de l'absent, et qui les rendra comptables envers lui, en cas qu'il reparaisse ou qu'on ait de ses nouvelles.

[ARTICLE 97.]

97. Ceux qui ont obtenu la possession provisoire doivent faire procéder devant notaire à l'inventaire du mobilier et des titres de l'absent, [et à la visite par experts des immeubles, afin d'en constater l'état. Le rapport est homologué par le tribunal et les frais en sont pris sur les biens de l'absent.]

Le tribunal qui a accordé la possession ordonne, s'il y a lieu, de vendre tout ou partie du mobilier; auquel cas il est fait emploi du prix de vente, ainsi que des fruits échus.

97. Those who have obtained provisional possession are bound to make an inventory, before a notary, of the moveable property and title deeds of the absentee, [and to cause the immoveable property to be visited by skilled persons for the purpose of ascertaining its condition. Their report is homologated by the court, and the costs are paid out of the absentee's property.]

The court which granted the possession may, if there be ground for it, order the sale of the moveables or of any part of them; in which case, the price of such sale is invested, as are also all rents, issues and profits accrued.

* *Biret, Absence, sur art.* } “Ceux qui auront obtenu l'envoi
126. *C. N.*, p. 129. } provisoire, dit l'article 126 du nouveau Code, devront faire procéder à l'inventaire du mobilier et des titres de l'absent, en présence du Procureur du Roi près le tribunal de première instance, ou d'un juge de paix requis par le Procureur du Roi.”

Cette formalité est à la fois nécessaire et utile, puisqu'elle tend à conserver les biens de l'absent, et à compléter les mesures de ce genre qui entrent dans le système de l'absence.

[ARTICLE 97.]

L'inventaire était aussi prescrit dans l'ancienne législation, quoique la dissolution de la communauté eût lieu alors par le seul fait de l'envoi en possession provisoire ; mais cet inventaire précédait alors le partage, qui avait lieu entre le conjoint présent et ceux qui représentaient le présumé absent. Il en est encore ainsi dans le nouveau droit, quand le conjoint n'opte pas pour la continuation de la communauté.

[P. 131.] A l'égard de la vente, qui doit suivre l'inventaire, elle n'est pas de rigueur, car la disposition qui la prescrit est facultative. Le tribunal ordonnera, s'il y a lieu, dit la loi, de vendre tout ou partie du mobilier. La nécessité de la vente est donc laissée à la prudence du tribunal.

3 *Revue légale, —Droit. civil.—* } L'on doit dire de l'inven-
M. Loranger, p. 112 et suiv. } taire du mobilier et de la
 visite des immeubles que doit faire faire l'envoyé en pos-
 session, ce qui a été dit de l'inventaire que doit faire faire le
 curateur. L'emploi qu'il doit faire du prix du mobilier peut-
 être comparé à celui que le tuteur doit faire des deniers du
 mineur.

[P. 113].....L'article 96, n'accordant aux envoyés en pos-
 session que l'administration des biens de l'absent, ils n'ont pas plus
 le droit de les aliéner que le curateur, mais ils ont les mêmes
 droits. Ainsi il peut vendre les effets périssables, la maison,
 les vieux animaux et autres objets dont la vente tombe dans
 la sphère des actes d'administration. Au reste, nous référé-
 rons à ce que nous avons dit des pouvoirs du curateur, pour
 les appliquer aux envoyés en possession.

.....Sous le Code Napoléon, dont le système organisé sur
 l'absence, diffère du nôtre dans plusieurs de ses caractères
 distinctifs, comme nous le verrons plus tard, quelques au-
 teurs tiennent que l'envoyé en possession a le droit absolu
 d'aliéner les meubles, mais il se trouve dans le Code fran-
 çais un article, que ne reproduit pas le nôtre (l'art. 128) qui

[ARTICLE 97.]

ne défend à l'envoyé en possession que l'aliénation des immeubles. De la restriction de la défense, on peut conclure à la légalité des aliénations qu'elle ne prohibe pas.

Il est bien entendu que ces prohibitions d'aliéner les meubles comme les immeubles, ne peuvent affecter le droit des tiers possesseurs d'opposer la prescription dans les cas déterminés par la loi. Il semble cependant que s'il apparaissait par leurs titres, qu'il descend du curateur ou de l'envoyé en possession, la connaissance que ces tiers auraient ainsi obtenue du défaut de droit dans la personne des vendeurs médiats ou immédiats, serait suffisante pour impugner leur bonne foi. Ce serait le cas d'appliquer la maxime *melius est non habere titulum quam habere vitiosum*.

Ces tiers possesseurs, ayant acquis la prescription, ne sauraient donc être troublés par l'absent ou ses représentants, qui ont leurs recours contre l'envoyé en possession et sa caution, pour la répétition du prix, si la vente a eu lieu dans quelqu'une des exceptions où la vente est loisible, et dans le cas contraire, pour la plus value en sus du prix reçu et les dommages et intérêts, suivant les circonstances.

Sans le secours des prescriptions, les tiers seront dans la situation de tous ceux qui ont acquis la chose d'autrui de celui qui n'en était pas le maître, avec les différences qui, dans ce cas, distinguent la possession des meubles de celle des immeubles.

* C. N., 126. } Ceux qui auront obtenu l'envoi provisoire,
 } ou l'époux qui aura opté pour la continuation
 de la communauté, devront faire procéder à l'inventaire du
 mobilier et des titres de l'absent, en présence du procureur
 du roi près le tribunal de première instance, ou d'un juge de
 paix requis par le dit procureur du roi.

Le tribunal ordonnera, s'il y a lieu, de vendre tout ou par-

[ARTICLE 98.]

tie du mobilier. Dans le cas de vente, il sera fait emploi du prix, ainsi que des fruits échus.

Ceux qui auront obtenu l'envoi provisoire pourront requérir, pour leur sûreté, qu'il soit procédé, par un expert nommé par le tribunal, à la visite des immeubles, à l'effet d'en constater l'état. Son rapport sera homologué en présence du procureur du Roi ; les frais en seront pris sur les biens de l'absent.

98. Si l'absence a continué pendant trente ans du jour de la disparition, ou de la dernière nouvelle reçue, ou s'il s'est écoulé cent ans depuis sa naissance, l'absent est réputé mort à compter de son départ, ou de la dernière nouvelle reçue ; en conséquence, si la possession provisoire a été accordée, les cautions sont déchargées, le partage des biens peut être demandé par les héritiers ou autres y ayant droit, et la possession provisoire devient définitive.	98. If the absence have continued during thirty years from the day of the disappearance, or from the latest intelligence received, or if a hundred years have elapsed since his birth, the absentee is reputed to be dead from the time of his disappearance or from the latest intelligence received; in consequence, if provisional possession have been granted, the sureties are discharged, the partition of the property may be demanded by the heirs or others having a right to it, and the provisional possession becomes absolute.
--	---

[ARTICLE 98.]

* *Biret, Absence, ch.* } Cette disposition est d'une autre nature
 13, p. 247 et suiv. } que celles qui constituent en général le système de l'absence. Il était dans l'ordre, et même nécessaire, que la fin de ce système conférât d'autres droits. Aussi c'est de la propriété formelle des biens de l'absent dont la loi dispose ici ; elle en ordonne le partage, parce qu'elle suppose des droits acquis, et qu'elle préjuge l'ouverture de la succession de l'absent.

Le texte 129 nous conserve l'ancien droit, mais avec une heureuse modification. L'absent n'était réputé mort, et nous l'avons déjà dit, qu'à sa centième année.

De cette règle il s'en suivait que si, avant les cent ans, l'envoyé en possession dirigeait une action subordonnée à la mort de l'absent, il devait la justifier, suivant la règle : *Semper actori incumbit onus probandi*.

Cependant, lorsque l'absent ne revient pas, disaient nos anciens auteurs, il est réputé mort du jour de son départ ou des dernières nouvelles qu'il a données. Ainsi sa succession est censée ouverte dès cette époque ; et, par une fiction nécessaire, on présume que ceux qui alors étaient appelés à lui succéder ont recueilli, dès ce moment même, sa succession ; que du moins ils en ont été légalement saisis par l'effet de la règle, que le mort saisit le vif. En conséquence, malgré que ces héritiers appelés et saisis viennent à décéder dans les dix ans de l'absence, leurs droits ne sont pas éteints pour leurs successeurs ou héritiers : ils leur en transmettent toute la plénitude.

Cette doctrine était maintenue par les Parlemens....C'est d'ailleurs cette doctrine qui revit toute entière dans les dispositions de notre article 120, lequel n'admet uniquement à demander l'envoi provisoire, que les héritiers présomptifs au tems de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent

[ARTICLE 98.]

présumé. Ce sont ces héritiers encore, que l'article 129 appelle au partage définitif avec tous les ayant-droits.

* *Arrêtés de Lamoignon, Absents, titre 6, art. 4, p. 38.* } La caution demeurera
 } déchargée lorsqu'il y au-
 ra vingt ans entiers du jour de l'absence et } de la dernière
 nouvelle ; et si la demande pour le partage, reddition de
 compte, et délivrance des conventions matrimoniales, n'est
 faite qu'après les vingt ans, sera donné jugement pur et sim-
 ple et définitif, sans bailler caution.

* 2 *Lamoignon, Mémoires, titre 6, Absents, pp. 43-44.* } ...Il serait donc bon d'or-
 } donner que l'absent sera ré-
 puté mort du jour qu'il n'aura pas paru, et de la dernière
 nouvelle qui a été reçue de lui. C'est, au reste, la jurispru-
 dence des parlemens de Paris, de Toulouse et de Rouen.

Mais il ne paraît pas juste que cet envoi en possession donne à ceux qui l'obtiennent la liberté de dissiper ces biens, comme s'ils en étaient propriétaires incommutables. Il est juste, au contraire, que l'absent, s'il revient dans sa patrie, et s'il l'a quittée sans crime, retrouve son bien, et qu'on lui restitue les fruits qui ont été perçus. A cet effet, il semble que l'équité exige que ceux que l'on envoie ainsi en possession, donnent bonne et suffisante caution de tout restituer, en cas de retour ; et que cette caution soit reçue en justice, contrairement avec le ministère public, qui reste seul capable de veiller aux intérêts de l'absent, et à la conduite de sa famille.

Il ne serait cependant pas juste que la caution demeurât perpétuellement engagée : il paraît donc nécessaire de fixer un temps où elle serait libérée de plein droit ; et il semble que le terme de trente ans serait celui qu'il faudrait admettre : la prescription de trente ans est, comme on dit, la patronne du genre humain.

[ARTICLE 98.]

Au reste, la femme, pour son douaire, doit être également tenue de donner caution.

Les héritiers présomptifs qui ont obtenu l'envoi en possession, doivent être autorisés à exercer toutes les actions rescindantes et rescisoires qui appartenaient à l'absent. Ainsi on doit leur accorder le droit d'exiger, du tuteur ou du fondé de procuration, le compte de leur gestion et d'en recevoir le reliquat, en donnant caution de les en faire décharger par l'absent, en cas de retour. C'est la jurisprudence du Parlement de Paris.

* *Bretonnier, Recueil de Quest.* } Il ne serait pas juste que
 p. 13. Absent. Caution. } la caution demeurât éternel-
 lement engagée ; il faut limiter un temps auquel elle demeure déchargée de plein droit. M. le premier Président de Lamoignon, dans ses mémoires, aurait fixé ce tems à trente années, à compter du jour de l'absence ou de la dernière nouvelle, et dans ses arrêtés, il la restraints à vingt ans ; je crois le premier terme plus légal, la prescription de trente ans est la patronne du genre humain.

Ceux à qui l'on aura donné la possession des biens, ont droit d'intenter toutes les actions rescindantes et rescisoires compétentes à l'absent.

Il y a de la difficulté à l'égard du bénéfice de restitution, s'il faut se pourvoir dans les dix ans du jour du contrat, qui se trouveront écoulés lorsque la possession sera donnée aux héritiers, ou aux légataires fidéi-commissaires, ou donataires, ou s'il ne faut compter les dix ans que du jour de la mise en possession ; en ce cas il serait juste d'ordonner que le tems de la restitution ne commencera à courir que du jour de la sentence qui aura donné la jouissance aux héritiers légataires, ou fidéi-commissaires, ou donataires.

[ARTICLE 98.]

* 3 *Pandectes Frs.*, } *C. N.* 129.—“ Si l'absence a continué
p. 44 et suiv. } pendant trente ans, depuis l'envoi provisoire, ou depuis l'époque à laquelle l'époux commun aura pris l'administration des biens de l'absent, ou s'il s'est écoulé cent ans révolus, depuis la naissance de l'absent, les cautions seront déchargées ; tous les ayant droit pourront demander le partage des biens de l'absent, et faire prononcer l'envoi en possession définitif par le tribunal de première instance.”

40.—Ainsi, ce n'est qu'au bout de trente-cinq ans, que l'on peut demander l'envoi en possession définitive, et que les cautions sont déchargées.

Le premier président de Lamoignon avait aussi déterminé, dans ses mémoires, que les engagements de la caution ne devaient cesser qu'après trente ans, à compter du jour de l'absence, ou des dernières nouvelles ; et dans ses arrêts, il restreint ce terme à vingt ans. Le premier terme, qui est celui de la prescription, paraissait plus légal, et était le plus communément observé. C'est celui que le code adopte, et qui se trouve porté à trente-cinq ans, parcequ'il ne compte point les cinq ans qui s'écoulaient, jusqu'à la déclaration d'absence.

Autrefois les cautions étaient bien déchargées, par le laps de trente ans ; mais la possession des héritiers demeuraient toujours précaire et incertaine. Ils restaient toujours dans l'impuissance de disposer des biens d'aucune manière, jusqu'à ce qu'il se fût écoulé cent ans, depuis la naissance de l'absent.

Le code, au contraire, les considère comme propriétaires, ou du moins autorise ceux qui ont droit à cette propriété, à se faire considérer comme tels, en obtenant l'envoi en possession définitive.

Il y a, en effet, tout lieu de croire que l'homme qui a laissé passer 35 ans, sans donner de ses nouvelles, n'existe plus. Un aussi long silence opère la certitude morale de la mort ; et il importe à la société, que des biens ne soient pas trop long-

[ARTICLE 98.]

temps soustraits au commerce. Les auteurs du projet du code, avaient même transformé cette probabilité en présomption *juris et de jure* ; car, après 30 ans, ils adjugeaient la propriété des biens aux héritiers, en telle sorte, que l'absent, même reparaissant après cette époque, était dépouillé. Tous les tribunaux se sont élevés avec force contre cette décision, contraire au principe, que la présomption ne peut jamais prévaloir, sur la vérité connue d'une manière certaine. Cette disposition a été corrigée. On a laissé à la présomption, tout l'effet qu'elle devait avoir, tant que rien ne la dément ; et l'on a rendu à la vérité manifestée, l'hommage qui lui est dû. Ainsi, tant que l'absent ne reparait pas, les héritiers qui ont obtenu l'envoi en possession définitive, sont regardés comme vrais propriétaires. Ils peuvent en faire tous les actes, et toutes les opérations.

* *Lahaie, sur art.* } *Bigot-Prémeneu*, exposé des motifs au
 129, *C. N.*, p. 41. } corps législatif, 3 Mars 1803.—Lorsque
 trente-cinq ans au moins se sont écoulés depuis la disparition,
 d'une part le retour serait l'évènement le plus extraordinaire ;
 d'une autre part, il faut que le sort des héritiers soit enfin fixé.

Il faut enfin que les biens de l'absent puissent rentrer dans le commerce ; il faut que toute comptabilité des revenus cesse de la part des héritiers.

On a, par ces motifs, établi comme règle d'ordre public, à laquelle l'intérêt particulier de l'absent doit céder, que si trente ans se sont écoulés depuis que les héritiers ou l'époux survivant ont été mis en possession des biens de l'absent, ils pourront, chacun selon leur droit, demander à la justice l'envoi définitif en possession.

Le tribunal constatera par une enquête contradictoire avec le commissaire du Gouvernement, que depuis le premier envoi en possession, l'absence a continué sans qu'on ait eu des nouvelles, et il prononcera l'envoi définitif.

L'effet de cet envoi, à l'égard des héritiers, sera que les

[ARTICLE 98.]

revenus leur appartiendront en entier ; ils ne seront plus simples dépositaires des biens ; la propriété reposera sur leur tête ; ils pourront les aliéner.

Delvincourt, t. 1, note 6 de la page 48.—Si la centième année venait à s'écouler avant la déclaration d'absence, l'on pourrait obtenir de suite l'envoi définitif, sans avoir besoin de passer par l'intermédiaire de la possession provisoire.

Malleville.—Il n'est pas nécessaire de dire qu'après les époques déterminées par notre article, la communauté est aussi dissoute, et qu'on doit procéder à sa liquidation.

A. Dalloz, v. absent, No. 242—Les créanciers, les acquéreurs les tiers enfin, ne peuvent demander l'envoi en possession.

* 1 *Nouveau Denizart,* } 8.—Il suffit d'observer ici, que ce
vo. Absence, pp. 56-57. } n'est qu'après cent ans révolus depuis
la naissance de l'*absent*, que les héritiers deviennent proprié-
taires de ses biens, dont ils n'ont jusqu'alors que la simple pos-
session....Jusqu'à ce que l'*absent* ait pu atteindre sa centième
année, ses héritiers n'ont donc pas la faculté de disposer de ses
biens comme de leur propre chose, et ils n'en sont, pour ain-
si dire, que les dépositaires ; c'est ce qui a été clairement
décidé par l'arrêt dont nous allons rapporter l'espèce.

9.—Le 5 juillet, 1726, les héritiers d'Isidore Boucher, *absent* depuis vingt-sept ans, se firent envoyer en possession de ses biens. Plus de trente ans après, en 1759, deux d'entre eux provoquèrent la licitation de trois maisons, dans lesquelles l'*absent* avait sa part, et comme ils avaient intention de s'en rendre adjudicataires, ils formèrent, au châtelet, une demande tendante à ce qu'il fût ordonné que les maisons ne fussent vendues, qu'à la charge, par les adjudicataires, de retenir en leurs mains le cinquième appartenant à l'*absent*, en en payant les intérêts aux parties envoyées en possession. Ces conclusions furent adoptées par une sentence contradictoire

[ARTICLE 98.]

du 29 Novembre 1760, qui fut confirmée par arrêt rendu le 21 Juillet 1762, conformément aux conclusions de M. Segulier.

Ce jugement est d'autant plus remarquable, qu'en 1762 Isidore Boucher aurait eu plus de quatre-vingts ans.

10.—Il est cependant indubitable que la possession des biens de l'absent est transmissible par voie de succession, de même que tout autre droit incorporel, d'où il suit que les héritiers de celui qui en jouit la recueillent et en sont saisis à l'instant de sa mort, ainsi que de tout ce qui lui appartient.

Le Sieur Asselin, marié à Paris en 1737, eut de son mariage un fils, après la naissance duquel il disparut pour toujours. Sa mère décède en 1746, et lui laisse par testament tous ses biens, consistant en un mobilier considérable, à charge de substitution au profit de ses petits enfans. La femme du Sieur Asselin demande, au nom de son fils, à être envoyée en possession des biens de son mari, et l'enfant étant venu à mourir, elle forme pour lors la même demande en son propre nom, comme héritière mobilière de son fils. D'une autre part, le Sieur Bonamour demanda aussi à être envoyé en possession des biens de l'absent, en qualité de son héritier le plus proche. Par sentence contradictoire du châtelet, l'envoi en possession fut accordé à la femme. Sur l'appel, la cour confirma la sentence, et faisant droit sur la demande du Sieur Bonamour, ordonna que la femme donnerait caution pour la jouissance du revenu des biens de l'absent. Jugé le 26 Juillet 1749.

* *Id.*, Vol. 10. Vo } Jusqu'à présent les envoyés en
Absence, p. 69. } possession ne pouvaient aliéner ni
hypothéquer les immeubles de l'absent, qu'autant qu'il aurait acquis ses cent années, c'est-à-dire, le terme où il n'est plus possible de croire à son existence; *qui vitæ longissimus est*. Il résultait de ce système, des inconvéniens très graves : ces propriétés restaient dans une espèce d'interdiction ; souvent elles étaient abandonnées faute de réparations, parce

[ARTICLE 98.]

que les revenus ne pouvaient pas y suffire. Elles étaient hors de la circulation du commerce, parce qu'on pouvait craindre que cet absent vint réclamer sa propriété. Cependant un homme est absent depuis trente ans, même depuis trente-cinq ans (la loi (C. N.) ne parle de trente ans qu'à compter du jour de l'envoi en possession provisoire, et comme cet envoi n'est ordonné qu'après cinq ans de la disparition, il y a bien trente-cinq ans) ; or un individu absent depuis trente-cinq ans, dont la déclaration d'absence a été rendue publique d'après les formes indiquées et voulues par la loi, ne doit laisser aucun espoir sur son retour. Alors il était donc sage de débarrasser les envoyés en possession, et surtout leurs cautions, des liens dans lesquels ils sont ; il était sage de rendre à la circulation du commerce des immeubles frappés depuis un trop long temps de cet état précaire.

L'époux doit alors remettre aux héritiers de son autre époux les biens dont il n'a conservé l'administration provisoire qu'à cause de sa communauté. Ce système altère un peu son contrat de mariage, mais la jurisprudence antérieure au code civil lui était bien plus contraire, puisque l'absence dissolvait la communauté.

* V. arrêt du 2 Janvier 1634, cité sous l'article 94.

* 1 *Guyot, Rép., Vo. }* Lorsque l'absent ne revient point, il
absent, p. 68. } est réputé mort du jour de son départ ou de la dernière nouvelle qu'on en a eue, en sorte que sa succession est réputée ouverte dès ce temps-là : les héritiers qu'il avait alors sont présumés l'avoir recueillie dès ce moment ; et quoiqu'ils décèdent dans les dix ans de l'absence, ils ne laissent pas de transférer leurs droits à leurs héritiers.

.....Comme ceux à qui l'on donne la possession des biens d'un absent, peuvent être obligés de donner bonne et suffi-

[ARTICLE 98.]

sante caution de les lui rendre avec les fruits, le cas échéant, il ne serait pas juste que cette caution demeurât éternellement engagée. Mais quelle est l'époque où elle doit être déchargée de plein droit ? M. le premier président de Lamoignon avait déterminé dans ses mémoires que l'engagement de la caution ne devait cesser qu'après trente années, à compter du jour de l'absence ou de la dernière nouvelle ; et dans ses arrêtés, il a restreint ce temps à vingt années : mais le premier terme paraît plus légal.

3 *Revue légale.—Droit civ.* } De ce jour (de l'envoi définitif)
 —M. Loranger.—p. 117. } les envoyés possèdent comme hé-
 ritiers purs et simples du défunt, à titre de propriétaires et
 ne doivent compte à personne de leur gestion.
 (Voy. art. 99 *infra*.)

* 2 *Demolombe, Liv. 1, Tit.* } 149.—La loi n'a pas déterminé
IV, part. 1, p. 171 } de formes spéciales en ce qui con-
 cerne l'envoi définitif. Tout ce qui résulte de l'article 129,
 c'est qu'il doit être prononcé par un jugement.

Mais une nouvelle enquête est-elle, en ce cas, nécessaire ? M. Bigot-Préameneu, dans son discours au tribunal, l'a ainsi déclaré ; et telle est l'opinion de MM, Duranton et Zachariæ. On conçoit en effet qu'il peut être fort utile, au moment même où l'on va prendre des mesures énergiques et décisives, de s'assurer une dernière fois si on n'a pas eu de nouvelles de l'absent, soit de sa vie, soit même de sa mort, si ceux-là, qui demandent l'envoi définitif ne tiennent pas secrets les renseignements qui pourraient éclairer la justice et avertir les autres intéressés... Néanmoins, il faut reconnaître que la loi n'ordonne pas ici cet enquête, comme lorsqu'il s'agit de déclarer l'absence, et qu'il n'est pas dès lors possible de la considérer comme précisément obligatoire et nécessaire.

[ARTICLE 99.]

Elle n'est donc que facultative, suivant que le tribunal la croira plus ou moins utile d'après les circonstances.

* Voy. C. N., cité *suprà* aux Pandectes.

99. Nonobstant les présomptions en l'article précédent, la succession de l'absent est ouverte, du jour de son décès prouvé, au profit des héritiers habiles à succéder à cette époque, et ceux qui ont joui des biens de l'absent sont tenus de les restituer.	99. Notwithstanding the presumptions mentioned in the preceding article, the succession of the absentee devolves from the day on which he is proved to have died, to the heirs entitled at such time to his estate and those who have been in the enjoyment of the absentee's property are bound to restore it.
---	--

* *Dard, sur art.* } C'est une conséquence de la règle du
 130, C. N. } droit Français : Le mort saisit le vif.

Coutume de Paris, } Le mort saisit le vif, son hoir plus
 art. 318. } proche et habile à lui succéder.

V. Pothier, successions, cité sous l'art. 93.

2 *Favard, Rép.,* } La cour de cassation l'a décidé, par arrêt
Vo. décès, n. 15. } de la section des requêtes, du 22 décembre
 1813, au rapport de M. Sieyes, que lorsqu'il s'est écoulé cent
 ans depuis la naissance de l'absent, et qu'ainsi il est réputé
 mort (Code civ. art. 129), la date de sa mort doit être fixée re-
 troactivement au jour de sa disparition ou de ses dernières
 nouvelles, à moins que l'on ne justifie d'une autre date du
 décès réel. (Sirey, 1814, page 90.)

[ARTICLE 99.]

1 *Toullier*, no. 474, } ...Ceux qui prétendent exercer un
 p. 400. } droit auquel la mort de l'absent peut
 seule donner ouverture, sont obligés de prouver son décès.

Ainsi, quoique, suivant l'art. 130, la succession de l'absent soit ouverte du jour de son décès, au profit des héritiers les plus proches à cette époque, ils doivent prouver la date de ce décès, s'ils veulent évincer les héritiers qui étant les plus proches au jour de sa disparition ; ont obtenu l'envoi en possession définitive.

475...Si l'on prétend exercer un droit qui suppose la vie de l'absent, on est obligé de prouver qu'il existe, cette seconde règle est établie dans les termes les plus généraux par l'article 135.

3 *Revue légale.—Dt. Civ.—* } Dans les cas où les envoyés
 M. Loranger,—p. 117. } donnent un compte, c'est-à-dire,
 dans les cas où l'absent reparait, ou l'on a de ses nouvelles, ou si la mort est prouvée, avant l'expiration des trente années de la possession provisoire, ou des cent ans du jour de sa naissance, ils sont, en le rendant, soumis aux principes qui s'appliquent à la responsabilité du dépositaire.

Car, suivant notre code, qui, en cette matière, diffère sur ce point comme sur plusieurs autres du code Napoléon, l'administration de l'envoyé en possession est gratuite... L'envoyé doit donc rendre compte, non-seulement des biens et capitaux, mais aussi des fruits et des intérêts des capitaux avec la différence que le curateur doit les intérêts des intérêts non capitalisés et que l'envoyé ne les doit pas. C'est sur ce point que l'obligation du dépositaire diffère de celle du tuteur.

Il ne peut retenir aucune partie des fruits, à titre rémunérateur comme il le peut sous l'empire du Code Napoléon. Ses cautions sont comptables de son administration, et du reliquat du compte, et en qualité de cautions judiciaires, sont contraignables par corps.

[ARTICLE 100.]

* *C. N.*, 130. } La succession de l'absent sera ouverte du jour
 } de son décès prouvé, au profit des héritiers les
 plus proches à cette époque ; et ceux qui auraient joui des
 biens de l'absent seront tenus de les restituer, sous la réserve
 des fruits par eux acquis en vertu de l'article 127.

* *C. L.*, 72. } La succession de l'absent sera ouverte du jour
 } de son décès prouvé, au profit des héritiers habi-
 les à succéder à cette époque, et ceux qui auront joui des
 biens de l'absent, seront tenus de les restituer, sous la réserve
 des fruits par eux acquis en vertu de l'article 69 ci-dessus.

100. Si l'absent reparaît, ou si son existence est prouvée, pendant la possession provisoire, les effets du jugement qui l'a ordonnée cessent.	100. If the absentee reappear, or if his existence be proved during the provisional possession, the judgment granting it, ceases to have effect.
--	--

* *C. N.*, 131. } Si l'absent réparaît, ou si son existence est
 } prouvée pendant l'envoi provisoire, les effets
 du jugement qui aura déclaré l'absence cesseront ; sans pré-
 judice, s'il y a lieu, des mesures conservatoires prescrites au
 chap. 1^{er} du présent titre, pour l'administration de ses biens.

* *C. L.*, 73. } Si l'absent reparaît, ou si son existence est
 } prouvée pendant l'envoi provisoire, les effets
 du jugement qui aura ordonné cet envoi, cesseront, sans pré-
 judice, s'il y a lieu, des mesures conservatoires prescrites au
 chapitre premier de ce titre, pour l'administration de ses
 biens.

[ARTICLE 101.]

101. Si l'absent reparait, ou si son existence est prouvée, même après l'expiration des cent années de vie ou des trente ans d'absence, tel que porté en l'article 98, il recouvre ses biens dans l'état où ils se trouvent, le prix de ceux qui ont été aliénés, ou les biens provenant de l'emploi de ce prix.	101. If the absentee reappear, or if his existence be proved, even after the expiration of the hundred years of life or of the thirty years of absence, as mentioned in article 98, he recovers his property in the condition in which it then is, and the price of what has been sold, or the property arising from the investment of such price.
---	---

* Voy. 3 *Pandectes Frs.*, pp. 45-46 citées sous l'art. 98.

* *Ibid.*, p. 51 et } 44—A quelque époque que l'absent reparaisse, } se, après l'envoi en possession définitive, ses biens doivent lui être restitués ; quand même il ne reparaitrait qu'après cent ans révolus depuis sa naissance ; car, si cette révolution équivaut à un acte de décès, ce n'est que par la force de la présomption. Elle cède à la preuve physique contraire.

L'absent qui reparait, après trente ans, ne reprend ses biens que dans l'état où ils se trouvent ; parceque les héritiers présomptifs, envoyés en possession définitive, ont été, depuis cette époque, considérés comme propriétaires, et qu'ils ont pu se conduire comme tels. Il n'a pas, en conséquence, le pouvoir d'évincer ceux qui, de bonne foi, et sous la garantie de la loi, ont acquis, tous, ou quelques-uns de ses immeubles. Il ne peut réclamer contre les vendeurs, que le prix, ou les immeubles qui ont été acquis avec les deniers provenant de la vente des premiers.

[ARTICLE 101]

Remarquez que l'absent qui reparaît, ne peut-être obligé d'approuver cette subrogation, qu'autant qu'elle est opérée par les contrats même d'acquisition. C'est-à-dire, lorsqu'ils expriment que les deniers employés à l'acquisition, proviennent du prix de la vente des immeubles que l'absent a laissés. Sans cela, il n'est pas tenu de recevoir les fonds qu'on lui offrirait en échange de ceux qu'il avait. Il peut, en les refusant, réclamer le prix de la vente des siens.

45.—Que faut-il décider, à l'égard des hypothèques, dont les héritiers, envoyés en possession définitive, ont pu grever les immeubles de l'absent ? Subsistent-elles, malgré le retour ; et l'absent est-il obligé de les reconnaître ?

On argumentera, pour soutenir l'affirmative, des termes de la loi, qui dit que l'absent, dans ce cas, reprendra les biens, dans l'état où ils se trouvent. Or, dira-t-on, ces hypothèques font partie de l'état actuel des biens. D'ailleurs, ajoutera-t-on les héritiers, envoyés en possession définitive, ayant le droit de vendre les immeubles, ont, à plus forte raison, celui de les hypothéquer, suivant la maxime, *qui plus potest, potest minus*. D'un autre côté, l'hypothèque est une sorte d'aliénation ; et tout homme capable d'aliéner, l'est nécessairement, de grever ses biens d'hypothèque.

On répondra pour la négative, que l'hypothèque est un accessoire, dépendant d'une obligation principale, et qui ne peut pas subsister sans elle (Pothier, *Traité de l'hypothèque*, ch. 3, § 3) ; qu'en conséquence, celle constituée par les héritiers, ne peut pas subsister à l'égard de l'absent reparaissant, qui n'est point obligé ; d'où il résulte qu'il n'y a pas d'obligation principale qui puisse servir de base à l'obligation accessoire de l'hypothèque, et la soutenir ; que, d'ailleurs, personne ne peut transférer à un autre plus de droit qu'il n'en a lui-même. (L. 54, ff. de reg. Jur.) C'est par une suite de ce principe, que l'hypothèque qu'une personne a constituée, sur un immeuble, dont elle n'a qu'une propriété résoluble, s'évanouit, lors-

[ARTICLE 101.]

que le cas de la résolution arrive ; parce que cette personne se trouve n'avoir jamais été propriétaire. Il en est de même des héritiers envoyés en possession définitive des biens de l'absent. Ils n'ont qu'une propriété résoluble. La résolution s'opère par le retour de l'absent. Ils se trouvent n'avoir jamais été propriétaires. Donc l'hypothèque s'évanouit aussi avec leur propriété.

Ce sont là, en effet, les vrais principes de la matière. C'est donc cette opinion qu'il faut adopter.

Quant à la maxime, *qui plus potest, potest minus*, elle ne reçoit ici aucune application. On ne conteste pas le pouvoir qu'ont eu les héritiers de l'absent d'hypothéquer les biens. On en convient. On ne demande pas s'ils ont pu le faire ; mais si l'hypothèque, qu'ils ont eu le droit de constituer, étant propriétaires, peut subsister, quand leur propriété est résolue, *ex causâ antiquâ et necessariâ*. La négative est évidente.

* *Biret, Absence, c.* } Ces dispositions (art. 132 du C. N.) déterminent plusieurs effets de la cessation de l'absence ; mais ces effets sont bien différens de ceux qu'elle produit pendant la durée de l'envoi provisoire. Dans ce premier envoi, les effets sont mesurés sur la simple jouissance, qui est seule acquise aux possesseurs ; mais ici ces effets respectent une propriété résoluble, qui est donnée, par l'envoi définitif, aux héritiers, aux légataires de l'absent, et autres ayant des droits subordonnés à la condition de son décès. Cette propriété conditionnelle étant néanmoins très-réelle, tant qu'elle dure, ceux qui l'ont obtenue ont pu disposer des biens de l'absent de la manière la plus absolue. Je dis tant qu'elle dure, parce que le retour de l'absent, ou la preuve de son existence, fait aussi cesser les effets de l'envoi définitif.

[ARTICLE 101.]

Voilà pourquoi l'absent n'exerce plus, après ce dernier envoi, toute la plénitude des droits de propriétaire, et qu'il est obligé de se contenter des choses dans l'état où il les trouve, ainsi que feraient des copartageans, lors de l'ouverture d'une succession qu'ils prennent telle qu'elle est au moment du décès. *Tantiùm operatur fictio in casu ficto, quantum veritas in casu vero.*

Il en était ainsi dans l'ancienne législation, quoique l'on n'y reconnût pas l'envoi définitif proprement dit ; mais l'envoi provisoire devenait définitif après cent ans de la naissance de l'absent, ou après la décharge des cautions, qui avait lieu généralement après trente ans de la disparition. Jugé ainsi par le Parlement de Paris, le 3 Septembre 1736.—Ainsi l'absent ne peut faire résilier les aliénations de ses biens, qui ont eu lieu après l'envoi définitif, sauf les cas prévus par la loi, c'est-à-dire, pour cause de lésion, de dol, de fraude, etc. Mais ceux qui les ont vendus sont tenus de lui tenir compte du prix des aliénations, ou des biens qui proviennent de l'emploi de ce prix : telle est la lettre de la loi.

3 Rév. lég.—Dt. Civ.— } Par la possession définitive accor-
 M. Loranger—p. 118. } dée à l'envoyé en vertu de l'article 98,
 il devient propriétaire des biens de la succession, à titre résolu-
 ble, il est vrai, au cas du retour de l'absent, de la preuve de
 son existence, de la répétition de ses héritiers, au cas de sa
 mort, ou de la restitution due à ses enfans et descendants,
 en vertu de l'article 102 ; mais comme le propriétaire de ce
 genre, il a le droit d'hypothéquer et d'aliéner les biens, et
 ces aliénations sont valables, par rapport aux tiers. L'absent
 ou ses héritiers ne prennent les biens que dans l'état où ils
 sont, ou ce qui en reste ; sauf leur recours contre l'envoyé
 pour la répétition du prix.

L'envoyé en possession n'est débiteur que du prix. Cependant, si, du remploi du prix, il a acquis d'autres immeubles

[ARTICLE 101.]

d'une valeur égale, il en doit la remise à l'absent ; et si le nouvel immeuble est d'un prix supérieur à celui du premier, il aurait droit de le retenir jusqu'au remboursement de l'excédant de valeur. Si l'envoyé a aliéné à titre gratuit, il ne doit rien.—(Voy. art. 102.)

* 2 Demolombe, sur art. 132, C. N., } En ce qui concerne la
p. 182 et suiv. No. 164. } restitution à laquelle peuvent être tenus les envoyés définitifs envers l'absent ou les ayants droit qui se présentent de son chef, le but essentiel de la loi est, d'une part, de ne rien laisser entre les mains des envoyés de ce qui forme le patrimoine de l'absent, excepté les fruits par eux gagnés, et d'autre part, de ne pas néanmoins les constituer en perte sur leur patrimoine personnel. Ils ne sont tenus enfin envers lui que *quatenus locupletiores facti sunt*. Tel est le sens général de ces mots de l'article 132 : " Il recouvrera ses biens dans l'état où ils se trouveront ; " c'est-à-dire, sa fortune telle qu'elle sera ; comme elle sera, bien ou mal ; telle, enfin, que l'aura faite l'administration, bonne ou mauvaise, des envoyés.

No. 165—A cet égard, l'article 132 distingue deux hypothèses que nous allons successivement examiner :

Ou les biens n'ont pas été aliénés ;

Ou ils ont été aliénés.

A. Dans le premier cas, l'absent reprend ses biens eux-mêmes en nature, dans l'état où ils sont alors.

Si donc ils se trouvaient détériorés, dégradés, même par le fait des envoyés définitifs, ceux-ci n'en seraient pas responsables : *Qui rem quasi suam neglexit, nulli querelæ subiectus est*. (L. 31, § 3, ff. de hæred. petit. ; art. 1631).

No. 166.—Que décider, si au contraire les biens ont été améliorés par les envoyés définitifs ?

D'abord, s'il s'agit de travaux, qui sont d'ordinaire consi-

[ARTICLE 101]

dérés comme une charge des fruits, c'est-à-dire, de réparations locatives ou d'entretien, les envoyés définitifs, ainsi que nous l'avons dit, n'ont droit à aucune récompense, puisqu'ils gagnaient tous les fruits. (*) (Cass., 3 avril 1821, Duvau de Chavagne, C. Crucy, Sirey, 1821, 1,325).

Mais l'envoyé définitif a fait sur les biens de l'absent des augmentations, des constructions nouvelles ? L'arrêt précité de la Cour de Cassation, et surtout les motifs de l'arrêt de la cour royale d'Angers, contre lequel le pourvoi a été rejeté, sembleraient, à première vue, lui refuser même alors toute récompense :— “ Attendu que le sieur Duvau ne peut répéter le prix des réparations, reconstructions et améliorations qu'il a faites ; attendu que ces frais d'entretien, de réparations et de reconstructions.... étaient provoqués par le besoin de les conserver ou de les exploiter utilement ; qu'ils sont devenus un accessoire du fonds ; que le sieur Duvau est censé les avoir faits comme un père de famille, et qu'il en a profité lui-même plusieurs années.... ” Et on pourrait encore invoquer en ce sens l'article 132, qui porte que l'absent recouvre ses biens dans l'état où ils se trouvent, bien ou mal, et pour ainsi dire à forfait !

Mais cette opinion ne me paraît conforme ni aux vrais principes ni à l'équité :

1^o. Celui qui a fait sur le bien d'autrui des travaux, des constructions, a droit à une indemnité. Telle est la règle générale (art. 555), dont nous trouvons çà et là, dans le code civil, des applications et des exemples (art. 861, 862, 1381, 1634). Il faudrait donc un texte contraire pour s'en départir ; or, il n'y en a pas ici. On oppose l'article 132 ! mais cet article a un tout autre but : il est fait exclusivement dans l'intérêt des envoyés, et ce serait méconnaître entièrement la peu

(*) Voy. ci-dessus *Revue légale*, sur art. 99.

[ARTICLE 101.]

sée qui l'a inspiré, que de le retourner contre eux pour les priver du bénéfice du droit commun.

2^o Les conséquences de l'opinion contraire seraient souvent très-iniques et ruineuses même pour l'envoyé. Supposez, par exemple, que le donateur, avec stipulation du droit de retour, d'un terrain non bâti, y a fait, depuis l'envoi prononcé à son profit, des constructions considérables : rendrez-vous donc au donataire, qui reparait, ces bâtiments, cet hôtel, qui représentent peut-être tous les capitaux de donateur ? mais ce serait là une iniquité manifeste, qu'enrichirait l'un aux dépens de l'autre, sans motif et sans raison. (Merlin, Rép., t. 16, p. 48 ; Zachariæ, t. 1, p. 310, note 3 ; Durantou, t. 6, n^o 246.)

No. 167.—L'envoyé définitif a commis d'un côté des dégradations, et il a fait, de l'autre, des améliorations : y aura-t-il lieu alors à une sorte de compensation, qui tiendrait l'envoyé et l'absent réciproquement quittes l'un envers l'autre ?

Malgré l'apparence d'équité qui semble recommander l'affirmative, je ne penserais pas qu'elle doit être suivie. L'envoyé ne doit rien à l'absent par suite des dégradations qu'il a pu commettre. L'absent, au contraire, doit une récompense pour les améliorations faites sur les biens par l'envoyé. Il n'y a donc qu'une seule dette. Comment dès lors et avec quoi la compenser ? (art. 1850). Cette compensation ne serait donc admissible qu'autant que l'envoyé aurait tiré profit des dégradations par lui faites ; autrement il serait, au mépris du texte même de l'article 132, constitué en perte sur ses propres biens.

Tel me paraît être, en droit, le principe. Je reconnais d'ailleurs qu'en fait, il y aura lieu d'apprécier équitablement les détériorations et les améliorations, et qu'on pourra quelquefois soutenir, non pas qu'il y a une compensation légale entre les unes et les autres, mais que, en fait, l'objet, tel qu'il se trouve finalement, n'a pas été amélioré.

[ARTICLE 101.]

No. 168—B. Si les biens ont été aliénés, l'envoyé définitif doit rendre soit le prix, soit les biens provenant de l'emploi qui aurait été fait de ce prix.

Examinons successivement ces deux objets différents de son obligation.

No. 169.—*Le prix*, encore dû ou même déjà payé, à la différence du cas prévu par l'art. 747. L'article 132 n'admet aucune distinction ; et l'absent qui réclame ses propres biens, était, en effet, plus favorable que l'ascendant donateur, qui ne recueille que par une faveur toute spéciale, les biens dont il s'était lui-même irrévocablement dessaisi.

No. 170.—Mais quel est le caractère de l'obligation des envoyés définitifs en ce qui concerne ce prix, lorsqu'ils l'ont une fois reçu ? En deviennent-ils, dès lors, débiteurs personnels, obligés ainsi de le restituer toujours et quand même ! sans pouvoir prétendre qu'ils l'ont perdu, qu'ils l'ont dissipé ?

Il est un cas qui ne me paraît pas susceptible de difficulté : c'est celui où l'envoyé définitif aurait fait le placement de ce prix en sa qualité d'envoyé, et au nom de l'absent. Les chances, bonnes ou mauvaises, de ce placement seraient certainement alors au compte de l'absent ; et l'envoyé, même définitif, ne saurait, à mon avis, mieux faire que d'agir toujours avec ce soin et cette prudence.

Mais il ne faut pas se le dissimuler, rien au contraire, ne sera plus rare que cette hypothèse ! et, après une absence aussi prolongée, il est infiniment probable que l'envoyé définitif n'aura pas songé à conserver la preuve de l'origine des deniers.

Quelle sera donc alors sa position ? Il a reçu, par exemple, 200,000 fr. il y a dix ans ; que sont-ils devenus ? qu'en a-t-il fait ? Rien ne le constate.

Faut-il, dans ce cas, que l'absent prouve qu'au moment

[ARTICLE 101.]

même de sa demande en restitution, cette somme se trouve encore, en tout ou en partie, dans les mains de l'envoyé ?

Pour l'affirmative, on pourrait invoquer d'abord la loi 23 *principio*, ff. de *hæred. petit.* “ *Utrum autem omne pretium restituere debebit bonæ fidei possessor, an vero ita demum si factus sit locupletior videndum. Finge pretium acceptum vel perdidisse, vel consumpsisse, vel donasse : et verbum quidem pervenisse ambiguum est ; solum ne hoc contineret, quod prima ratione fuerit, an vero et id quod durat ; et puto sequentem clausulam senatus consulti, etsi hæc sit ambigua, ut ita demum computet, si factus sit locupletior.* ”—Or, l'envoyé définitif n'est tenu, comme le possesseur de bonne foi d'une hérédité, que *quatenus locupletior factus est* ; donc l'absent ne peut pas lui demander tout le prix qu'il a reçu, *quod prima ratione fuerit*, mais seulement ce qui lui en reste encore, *id quod durat*.

Mais comment imposer à l'absent l'obligation de prouver que l'envoyé a encore ce prix dans son patrimoine ? “ Il n'est guère possible, ” dit Pothier “ de connaître si le possesseur de bonne foi, qui a reçu des sommes d'argent des débiteurs de la succession, et du prix de la vente des effets de cette succession, et qui les a employées, s'en trouve plus riche ou non au temps de la demande en pétition d'hérédité ; il faudrait, pour cela, entrer dans le secret de ses affaires particulières ; ce qui ne doit pas être permis. Il a fallu, dans notre pratique française, s'attacher à une autre règle sur cette matière, qui est que, personne ne devant être présumé dissiper le fonds d'un bien qu'il croit lui appartenir, le possesseur de bonne foi des biens d'une succession est censé avoir profité de tout ce qui lui est parvenu des biens de cette succession, et qui en compose le fonds mobilier, et en profiter encore au temps de la pétition d'hérédité, à moins qu'il ne fasse apparoir du contraire. ” (Traité du droit de propriété, no. 429.)

[ARTICLE 101.]

Telle est aussi la règle à suivre envers l'envoyé définitif ; et l'absent est fondé à conclure contre lui à la restitution de tout le prix qu'il a reçu, 1^o parce que, en effet, le texte de l'article 132 l'autorise, sans aucune distinction, à recouvrer *le prix* de ses biens aliénés ; 2^o parce que, en raison et en principe, la perte ou la dissipation d'un capital, à la grande différence des fruits et des intérêts, ne doit pas se présumer.

No. 171.—Mais du moins l'envoyé, lui, ne doit-il pas être admis à justifier que ce prix n'est plus dans ses mains, et qu'il l'a perdu en tout ou en partie ?

Les opinions, à cet égard, sont partagées, et peut-être aussi un peu incertaines :

Suivant Proudhon, l'envoyé ne serait pas tenu de restituer le prix des ventes, dont il prouverait qu'il n'a pas profité *sans qu'il y eût de sa faute*, parce que la loi, ne l'obligeant à rendre les biens que tels qu'ils se trouvent, rejette sur l'absent toutes pertes arrivées par cas fortuit (t. 1, p. 329).

M. Valette, au contraire (dans la note *b* de cette même page 329), pense que la loi ne paraît pas admettre cette distinction ; car elle dit que l'absent pourra *reprendre le prix des biens qui auraient été aliénés*, et ne fait aucune distinction relativement à l'usage que l'envoyé en possession aura pu faire de ce prix ; cet envoyé en sera donc tenu, lors même qu'il l'aurait dissipé. Tel paraît être aussi le sentiment de M. Plasman (t. 1, p. 236–239).

L'argument que M. Valette déduit de l'article 132 est, j'en conviens, très-fort. On peut soutenir, en effet, que l'envoyé définitif est constitué, par ce texte, débiteur personnel du prix reçu par lui, et que dès lors les pertes, même fortuites, ne sauraient le libérer : *Incendium ære alieno non exuit debitorem* (L. 2, Cod., *Si certum petatur*, et surtout L. 18, ff. *quod metus causa*).

Ajoutez encore qu'il aurait pu éviter cette situation, en plaçant le prix au nom et pour le compte de l'absent, et que, puis-

[ARTICLE 101.]

qu'il l'a employé, au contraire, à son profit, il est assez juste qu'il supporte les pertes en compensation des avantages qu'il pouvait en retirer : *Quem sequuntur commoda, eundem sequi debent incommoda.*

Pourtant, cette solution ne serait pas la mienne ; et je croirais non-seulement, avec Proudhon, que l'envoyé ne serait pas responsable, s'il prouvait que le prix a été perdu par cas fortuit, mais aussi, contrairement à l'avis de M. Valette, qu'il ne devrait pas même répondre de la négligence et de la faute, par suite desquelles il aurait lui-même perdu ce prix.

Déjà nous avons vu (nº 170) que Pothier, qui impose au possesseur de bonne foi d'une hérédité l'obligation de restituer tout le prix par lui reçu des ventes qu'il a faites, parce qu'il est présumé en avoir intégralement profité, que Pothier, dis-je, ajoute : “ A moins qu'il ne fasse apparoir du contraire. ”—Et plus loin encore : “ On doit pareillement allouer en déduction à ce possesseur de bonne foi toutes les pertes qu'il justifiera avoir faites sur les biens qui lui sont provenus de la succession, sans examiner, lorsqu'elles sont survenues avant la demande, *si c'est par son fait ou par sa faute qu'elles sont arrivées.* ” (*De la propriété*, nº. 429). Or, ainsi que je l'ai déjà dit, l'art. 132 a voulu traiter l'envoyé définitif comme autrefois la loi romaine traitait le possesseur de bonne foi d'une hérédité ; donc, nous devons lui appliquer toutes ces décisions de Pothier. Mais, dites-vous, l'article 132 porte, absolument et sans distinction, que l'absent *recouvrera ses biens dans l'état où ils se trouveront.* Et c'est là sa disposition principale et essentielle ! Quoi ! l'envoyé aura pu dégrader, détériorer les immeubles sans encourir aucune responsabilité ; tout le monde en convient (*suprà*, nº. 165) ; et s'il a négligé de renouveler une inscription, ou s'il a fait un placement téméraire, vous lui ferez payer le capital, lors même qu'il justifierait, de la manière la plus satisfaisante, que ce capital est celui de l'absent !—Il aurait pu le placer au nom de l'absent !

[ARTICLE 101.]

—Eh mon Dieu ! oui, je l'ai déjà dit moi-même ; mais ce serait là un modèle, et presque une exagération de prudence. La loi n'a pas dû y compter ; elle n'a pas dû lui tendre un piège par cet envoi définitif, que presque tous les auteurs, et non sans motif vraiment, déclarent attributif de propriété ! Il a donc agi comme pour lui ; et s'il prouve, je le répète, que ce capital, qu'il croyait le sien, il l'a perdu, même par sa faute, je ne crois pas qu'on puisse l'en rendre responsable sur sa fortune personnelle.

C'est ainsi que paraît le décider M. Duranton, qui toutefois ne s'explique pas positivement sur ce point (t. 1, n° 509).

No. 172.—Au reste il faudra, bien entendu, que l'envoyé définitif justifie que la somme par lui perdue représente véritablement le prix de la vente des biens de l'absent.

Vous aviez, à vous, 300,000, fr. de capitaux ; puis vous avez touché, comme envoyé, 100,000 fr. d'un prix de vente du bien de l'absent. Celui-ci revient, et vous dites :—*Vos 100,000 fr. ont péri ; je les avais placés sur un tel, qui a fait faillite.*—Mais qui le prouve ? vous répondra très-justement l'absent. C'est bien assez que je supporte toutes les pertes que ma fortune a pu essuyer dans vos mains, même par votre faute. Du moins ne dois-je pas payer, à mes dépens, la perte de vos propres biens.

Il faudra donc que l'envoyé définitif fournisse des renseignements, des justifications de nature à autoriser les magistrats à penser qu'en effet le capital perdu était bien celui de l'absent.

No. 173.—Tout ce que je viens de dire du prix des biens aliénés, je l'applique également aux capitaux remboursés par les débiteurs de l'absent entre les mains des envoyés définitifs. Les deux hypothèses sont tout à fait semblables. Seulement, je serais peut-être, dans ce dernier cas, plus porté à l'indulgence envers l'envoyé définitif, par la raison qu'il y

[ARTICLE 101.]

avait alors pour lui nécessité de recevoir des débiteurs qui ont le droit de se libérer par le paiement.

No. 174.—Supposons à présent que l'envoyé définitif a fait emploi des prix de vente et des capitaux par lui reçus.

A qui appartiennent les biens provenant de cet emploi ? Est-ce à l'absent, de telle sorte que les augmentations, comme aussi les détériorations et la perte même le concernent ? Est-ce à l'envoyé, qui serait alors toujours et uniquement débiteur du prix ? L'un des deux enfin, l'absent ou l'envoyé, n'aurait-il pas le choix entre le prix et le bien acquis en remploi ?

M. Duranton (t. 1, no. 509). induit des termes de l'article 132, que l'envoyé est débiteur, sous une alternative, du prix des biens aliénés ou des biens provenant de l'emploi de ce prix ; et que dès lors il a le choix (art. 1190), sous la condition seulement de ne pas diviser son option (art. 1191.).

Il y a toutefois deux hypothèses dans lesquelles il me paraît certain que cette solution ne devrait pas être admise, savoir :

1^o Dans le cas d'échange ; l'immeuble reçu en contre-échange de l'immeuble de l'absent, prend alors en effet sa place, par l'effet d'une sorte de subrogation réelle (arg. des art. 1407 et 1559).

2^o Dans le cas où l'envoyé définitif aurait déclaré, dans le contrat, faire l'acquisition, en remploi du prix des biens de l'absent (arg. des art. 1434-1435, *suprà*, no 170).

Dans ces deux cas, l'absent aurait tout à la fois le droit et le devoir de reprendre les biens eux-mêmes acquis en échange ou en remploi. Je dis : le droit, s'ils avaient augmenté de valeur ; le devoir, s'ils étaient au contraire détériorés ou dépréciés.

No 175.—Reste donc l'hypothèse où l'envoyé a acheté sans déclaration d'emploi. M. Valette pense qu'alors c'est le

[ARTICLE 101.]

prix qui sera recouvré par l'absent ; car l'envoyé en possession a voulu acheter pour son compte et rester débiteur du prix (sur Proudhon, t. 1, p. 329, note *b*.)

Cette solution paraît en effet conforme aux principes généraux du droit : “ Qui aliena pecunia comparat, non ei cuius nummi fuerunt, sed sibi tam actionem empti, quam dominium..... querit. ” (L. 8, Cod., *si qui alteri vel sibi*.) ; et je crois qu'elle devrait être appliquée, si l'envoyé lui-même l'invoquait, s'il offrait à l'absent la restitution du prix de son bien vendu pour garder le bien acheté par lui avec le prix, le bien qui aurait, par exemple, augmenté de valeur.

Mais changez l'hypothèse : le bien acheté par l'envoyé avec les deniers de l'absent, a diminué de valeur ; il a péri ! l'envoyé doit-il encore le prix ? Je suppose, bien entendu, qu'il est justifié par lui que l'acquisition a été faite avec ce prix. Il le devra certainement encore dans l'opinion de M. Valette ; et cela semble, à première vue, logique autant qu'équitable, puisque, d'une part, l'envoyé a fait cette acquisition en son nom et pour son compte personnel, et que d'autre part, il aurait seul profité des augmentations, s'il y en avaient eu : *Ubi emolumentum, ibi onus esse debet*.

Néanmoins, je pense que l'envoyé aurait, au contraire, le droit d'abandonner alors à l'absent le bien par lui acquis en remploi ; ce qui revient à dire qu'il aura, dans cette hypothèse, le choix que lui accorde, en effet, M. Duranton (t. 1, N^o. 509). Telle est à peu près aussi la décision de la loi 25, § 1, ff. *de hæreditatis petitione*, à l'égard du possesseur de bonne foi de l'hérédité ; or l'envoyé définitif ne doit être tenu, comme lui, que *quatenus locupletior factus est*. Il importe surtout de le garantir de toute perte sur ses propres biens, par suite de l'envoi en possession des biens de l'absent ; ce dernier motif me détermine. (Plasman, t. 1, p. 239-241).

N^o. 176.—Ne pourrait-il pas arriver pourtant que l'envoyé

[ARTICLE 101.]

fut effectivement constitué en perte sur ses propres biens, par suite de l'envoi en possession ? Se croyant d'autant plus riche, il a augmenté ses dépenses. Supposez même qu'il a constitué à sa fille une dot beaucoup plus considérable que celle qu'il lui aurait donnée, s'il n'avait pas été envoyé en possession des biens de l'absent. Mais ces dépenses, cette dot, il les a prises sur sa propre fortune. Cependant l'absent reparait, et veut recouvrer ses biens, qui sont là, intacts dans les mains de l'envoyé ; mais celui-ci a diminué son patrimoine personnel, à ce point qu'il ne suffit plus peut-être à ses besoins. Peut-il prétendre à une indemnité quelconque sur les biens de l'absent ?

L'affirmative semblerait, à première vue, équitable ; et on pourrait même remarquer que l'opinion contraire aurait pour résultat fâcheux de porter les envoyés définitifs à employer les biens de l'absent à leur dépenses personnelles, de préférence à leurs propres biens.

Cette prétention néanmoins ne me paraît pas fondée ; l'art. 132 accorde à l'absent le droit de recouvrer tous ses biens, tels qu'ils existent. Par quel texte serait-il possible de motiver une exception, une réserve quelconque ? et où est le moyen légal d'imposer à l'absent envers l'envoyé l'obligation de l'indemniser de la diminution de sa fortune personnelle ? Il y a donc eu, de la part de cet envoyé, une imprudence, une imprévoyance, dont il doit supporter les suites ; si longue qu'ait été l'absence, un envoyé définitif fera bien de ne jamais oublier que son titre, après tout, n'est pas absolument incommutable ! Telle était aussi la décision d'Ulpien, à l'égard du possesseur de bonne foi d'une hérédité : "*Si quis re sua lautius usus sit, contemplatione delatæ sibi hæreditatis, nihil eum ex hæreditate deducturum, si eam non attingit.*" (L. 25, § 12, ff. de hæred. petit. ; voy. aussi Merlin, Rép. t. Ve., Vo. Hérédité, No. 8).

[ARTICLE 101.]

No. 177.—Jusqu'à présent, dans l'explication de l'article 132, j'ai toujours supposé l'absent réclamant lui-même ses biens contre les envoyés définitifs, et ceux-ci invoquant, en quelque sorte comme défendeurs, la disposition de cet article.

Changeons maintenant les rôles : l'absent est de retour, mais il ne réclame pas ses biens contre les envoyés définitifs. Les envoyés peuvent-ils se constituer demandeurs contre lui, et le contraindre à reprendre ses biens, d'après les règles tracées par l'article 132 ? Au moment où l'envoi en possession a été prononcé à leur profit, il y avait 100,000 fr. d'actif et 50,000 fr. de passif ; actif net, par conséquent : 50,000 fr. Mais au lieu de payer d'abord les dettes, les envoyés définitifs ont fait des donations ! ou ils ont, de quelque façon que ce soit, administré si mal ce patrimoine, que les 50,000 fr. sont encore dus, et qu'il n'y a plus que 20,000 fr. d'actif ! Allez même plus loin ; il n'y a pas de faute, pas d'imprudence de leur part, pas de libéralité irréfléchie. C'est par cas fortuit, *vi divina*, que la presque totalité de l'actif a péri, avant que les créanciers fussent désintéressés.

Tel est l'état des choses, lorsque l'absent reparait : 50,000 fr. de passif, 20,000 fr. d'actif. Vous comprenez maintenant pourquoi il se tient tranquille et ne réclame rien des envoyés en possession ! Mais ceux-ci lui offrent la restitution de ses biens ; peuvent-ils le forcer de les reprendre ?

Je ne le croirais pas, et voici mes motifs : Il me semble que cette prétention de la part des envoyés serait contraire, soit au texte même de l'article 132, soit aux principes du droit et de l'équité.

Et d'abord, que dit l'article 132 ? “ Si l'absent reparait, ou si son existence est prouvée, même après l'envoi définitif, *il recouvrera ses biens.* ”

Il recouvrera ! notez ce mot, qui exprime tout à la fois une faculté et un avantage accordés à celui auquel il s'a-

[ARTICLE 101.]

dresse. Recouvrer, c'est retrouver, c'est reconquérir un bien perdu ! Je le répète, cette expression emporte l'idée d'un avantage, point d'une charge, l'idée d'un droit, point d'une obligation !.

Et l'article, ainsi entendu, est un effet très conforme aux principes : les envoyés définitifs ont demandé et obtenu les biens non pas pour un temps mais pour toujours, non pas pour les restituer à une époque quelconque, mais pour les garder absolument et indéfiniment. L'envoi définitif, c'est la propriété ! la propriété incommutable en effet, dans l'intention commune des envoyés et des tiers, et aussi de la loi, qui règle leurs relations ; incommutable, si l'absent ne revient pas et ne réclame pas. Lors donc que l'absent, de retour, garde le silence, de quoi pourraient se plaindre les envoyés, qui conservent ces biens qu'ils ont eux-mêmes demandés et obtenus avec l'intention de les conserver toujours ! Oh ! sans doute, lorsque l'absent lui-même réclame ses biens, la loi devait protéger les envoyés, qui avaient été fondés à se croire propriétaires ; et voilà ce qu'a fait l'article 132, en n'autorisant l'absent à les reprendre que dans l'état où ils se trouvent. Mais au contraire, quand l'absent accepte la situation qui lui a été faite par l'envoi définitif, quand son silence laisse les choses absolument dans le même état où les envoyés eux-mêmes les ont mises et où elles seraient nécessairement restées, si l'absent n'était pas revenu, dans ce cas, dis-je, on ne voit pas sur quel motif de droit serait fondée la prétention des envoyés. Elle serait même très-souvent contre l'absent de la plus manifeste iniquité, puisqu'il se trouverait ainsi victime de toutes les fautes, de toutes les folies que les envoyés auraient pu commettre, et que par exemple, s'ils avaient donné à titre gratuit une partie de ses biens, il serait forcé, lui ! l'absent de retour ! de ne *recouvrer* que ses dettes ! mais je maintiens d'ailleurs cette solution, même dans le cas où l'actif n'aurait péri que par cas fortuit entre les mains

[ARTICLE 101.]

des envoyés. Le texte et les principes que je viens de poser s'appliquent en effet à tous les cas sans distinction.

De là il faut conclure que non seulement les envoyés alors n'auront pas d'action contre l'absent, mais que l'absent lui-même, au contraire, pourrait agir contre eux, dans le cas où ses anciens créanciers (envers lesquels il est toujours resté, bien entendu, obligé personnellement, si la créance n'est pas prescrite), dans le cas, dis-je, où ses créanciers l'auraient forcé de les payer sur les biens qu'il aurait acquis dans le pays où il se trouvait, sur les biens enfin autres que ceux qui ont fait l'objet de l'envoi définitif. Cette conséquence est très-logique, puisque, encore une fois, elle laisse les choses telles qu'elles étaient si l'absent n'était pas revenu, cette conséquence n'a d'ailleurs rien d'inique à l'égard des envoyés définitifs ; en effet, de deux choses l'une : ou ils auront eu le soin de ne pas confondre les biens de l'absent avec leurs biens personnels ; et alors ils ne pourront pas être tenus des dettes au-delà de la valeur des biens par eux recueillis ; mais ils en seront tenus jusqu'à concurrence de cette valeur, et cela est juste envers l'absent comme envers ses créanciers ; ou ils ont confondu les biens de l'absent avec leurs biens personnels ; et alors de la même manière qu'il sont tenus de ses dettes sur leurs propres biens envers les créanciers de l'absent, de la même manière ils en seront tenus envers l'absent lui-même, qui aurait payé les créanciers. Dans tous les cas, leur position demeurera telle qu'ils l'auront faite eux-mêmes.

* 8 *Merlin, Quest. de droit,* } P. 9.—Mais il reste à savoir
Vo. Hériter § III. } quel doit être, après que le véritable héritier s'est fait connaître et a évincé l'héritier putatif, le sort des ventes que celui-ci a faites volontairement à des tiers de bonne foi, pendant qu'il était en possession paisible et publique de la succession.

[ARTICLE 101.]

Nul doute que ces ventes ne doivent être maintenues, comme si elles étaient l'ouvrage du véritable héritier, lorsqu'elles ont pour objet des meubles. En effet, comme le dit fort bien M. Malpel, professeur de droit à Toulouse, dans le lumineux *Traité des successions ab intestat*, qu'il a publié en 1824, " les meubles qui dépendent d'une hérédité, ne peuvent jouir d'aucun privilège, et sont soumis au droit commun. Or, l'art. 2279 du code civil établit *qu'en fait de meubles, la possession vaut titre*, c'est-à-dire, que celui qui possède un meuble, en est tellement réputé propriétaire, qu'à l'exception de deux cas, ceux de perte et de vol, personne ne peut agir en revendication contre lui. "

Mais en est-il de même lorsque ce sont des immeubles qui ont été vendus à des acquéreurs de bonne foi par l'héritier putatif ?

Idem. p. 26... Il est donc bien clair que, suivant les principes du droit romain, les acquéreurs de biens dépendant d'une succession acceptée et possédée par l'héritier apparent, étaient à l'abri de toute éviction de la part du véritable héritier qui se présentait ensuite, lorsqu'ils avaient été eux-mêmes de bonne foi en les achetant et qu'ils les avaient achetés, soit avec clause de garantie, soit purement et simplement.

Mais en est-il de même sous le code civil ?

Avant de nous fixer sur cette question, il faut en examiner une autre, celle de savoir comment elle devait être jugée et comment elle l'était dans notre ancienne jurisprudence.

M. Toullier, dans une dissertation critique sur un arrêt de la cour de cassation, du 3 Aout 1815, dont je parlerai ci-après, prétend tout à la fois, et que notre ancienne jurisprudence ne pouvait pas adopter les principes du droit romain sur cette matière, et que, dans le fait, elle ne les adoptait pas.

Mais comment prouve-t-il qu'elle ne pouvait pas les adopter ?

[ARTICLE 101.]

Il en donne deux raisons ; et voici, en substance, comment il établit la première.

En admettant, dit-il, la décision d'Ulpien, renfermée dans le §. 17 de la loi 25, D *de petitione hæreditatis*, on ne peut pas la scinder.

Or, d'une part, Ulpien exige le concours de deux conditions pour que les acquéreurs de biens dépendans d'une succession possédée paisiblement et publiquement par l'héritier putatif, puissent échapper à l'éviction exercée contre eux par le véritable héritier : la première, que l'héritier putatif ait été de bonne foi, la seconde qu'il ne lui reste rien du prix de la vente, *ut non factus sit locupletior*, et cette seconde condition est d'autant plus essentielle que M. Merlin lui-même, pour répondre à l'objection fondée sur la contradiction qui paraît exister entre le § 4 de la loi 13 et le § 17 de la loi 25, est forcé de s'aider de la disposition du sénatus-consulte d'Adrien, d'après laquelle le vendeur de bonne foi n'est tenu de restituer le prix qu'il a touché, qu'autant qu'il en est devenu plus riche.

D'un autre côté, Pothier atteste dans son *Traité de la propriété*, no. 430, et il est notoire, que la jurisprudence française, n'a jamais reconnu les lois romaines qui n'obligeaient l'héritier putatif de restituer au véritable héritier, au moment où il se présentait, le prix des ventes qu'il avait faites, qu'autant qu'il en fût devenu plus riche, et l'en dispensaient expressément lorsqu'il ne lui restait plus rien, l'eût-il même consumé en folles dépenses. La seconde des conditions desquelles Ulpien fait dépendre sa décision, n'a donc jamais pu se réaliser en France ; et dès lors, il est bien impossible que cette décision ait jamais été reçue dans les tribunaux français.

Mais écoutons M. Malpel, page 430 :

“ Est-il vrai qu'Ulpien, pour mettre les acquéreurs à l'abri des demandes en revendication, ait exigé que le vendeur de

[ARTICLE 101.]

bonne foi auquel ils avaient compté le prix de leurs acquisitions; en fut devenu plus riche ? A la vérité, Ulpien pose ainsi la question : *item si rem distraxerit bonæ fidei possessor, nec pretio factus sit locupletior, an singulas res, si nundum usucaptæ sint, vindicare petitor ab emptore poterit ?* Mais voici la réponse du jurisconsulte : *et puto res vindicari, nisi emptores regressum ad bonæ fidei possessorem habeant.* Que résulte-t-il de ce rapprochement ? Que, dans sa réponse, Ulpien se borne à exiger deux choses, savoir, que le vendeur ait été de bonne foi, et que les acquéreurs aient un recours en garantie contre lui, en cas d'éviction.

“ Et pourquoi, dans ce cas, est-il inutile de discuter si le prix que le vendeur a touché l'a rendu plus riche, ou s'il n'a pas augmenté sa fortune ? C'est qu'il est incontestable que la garantie à laquelle il s'est soumis, l'obligerait à des dommages-intérêts envers les acquéreurs, en cas d'éviction ; que ces dommages-intérêts devraient être pris sur le patrimoine du vendeur, et, par une conséquence nécessaire, que l'addition de l'hérédité, quoique faite de bonne foi, bien loin de le rendre plus riche, n'aurait pu avoir d'autre résultat que de l'appauvrir.

“ C'est dans ce sens seulement que M. Merlin a invoqué le sénatus-consulte d'Adrien, ou plutôt son esprit ; car, après en avoir cité le texte il a ajouté : et ce serait aller manifestement contre l'esprit de ce texte, que de laisser le possesseur de bonne foi exposé, après son éviction prononcée, à la poursuite du véritable héritier, aux recours en garantie que les tiers à qui il a vendu, seraient en droit d'exercer contre lui, si le véritable héritier pouvait les évincer lui-même. La doctrine de M. Merlin, nous ne craignons pas de le dire, est conforme non-seulement à l'esprit du sénatus-consulte d'Adrien, mais encore à la raison, comme nous croyons l'avoir précédemment prouvé. ”

[ARTICLE 101.]

Qu'importe, d'après cela, que notre ancienne jurisprudence ne tint aucun compte des lois romaines qui dispensaient l'héritier apparent de bonne foi de restituer au véritable héritier le prix des ventes qu'il avait faites, lorsqu'après l'avoir touché, il l'avait perdu par sa faute, ou consumé en folles dépenses ? Qu'importe qu'elle ne l'en dispensât que dans les cas très-rares où il était prouvé que c'était par force majeure qu'il l'avait perdu, par exemple, qu'on le lui avait volé à force ouverte ? Qu'importe que, hors ces cas, cédant au vœu de l'équité naturelle, elle attachât au seul fait qu'il avait touché, la présomption qu'il en était encore nanti, ou qu'il en avait fait un emploi utile ? Il résultait bien de là que notre ancienne jurisprudence avait dérogé aux lois romaines, en ce qui concernait les obligations de l'héritier apparent qui avait vendu de bonne foi les biens de la succession et en avait touché le prix, envers l'héritier véritable qui venait ensuite l'évincer ; mais il n'en résultait nullement qu'elle eut dérogé à ces lois en ce qui concernait les tiers à qui ces biens avaient été vendus par l'héritier apparent ; il n'en résultait nullement que ces tiers pussent être évincés par l'héritier véritable, lorsqu'ils avaient acheté ces biens de bonne foi avec promesse de garantie ou sans renonciation à la garantie qui leur était due de plein droit.

La seconde raison de M. Toullier est encore plus futile que la première.

Les coutumes, dit-il, qui déféraient la succession au seigneur, lorsqu'il ne se présentait point de parens, autorisaient l'héritier du sang qui paraissait ensuite, non seulement à évincer le seigneur, mais même à revendiquer sur les tiers-acquéreurs les biens qu'il leur avait vendus. Voilà une autorité appliquée directement au parent plus éloigné entré en possession de la succession.

Le vice de cette application est pourtant bien sensible. Les

[ARTICLE 101]

coutumes qui admettaient le droit de deshérence, ne lui donnaient son plein effet qu'après un certain laps de temps ; et jusqu'alors, elles ne considéraient le seigneur que comme un simple dépositaire de la succession. Il ne pouvait donc pas y avoir de bonne foi, soit de sa part, lorsqu'il vendait, soit de la part des tiers, lorsqu'ils achetaient de lui, dans le temps intermédiaire, puisque sa qualité seule de seigneur était pour lui, comme pour les tiers, un avertissement qu'il ne pouvait disposer de rien définitivement. Dès lors, rien d'étonnant si l'héritier du sang qui venait ensuite à paraître, était admis à retirer des mains de ses acquéreurs, les biens qu'il leur avait vendus. Mais très-certainement il peut y avoir bonne foi, et dans le parent éloigné qui, à défaut de parent plus proche, se met en possession d'une hérédité, et dans les tiers qui achètent de lui.

Passons maintenant à la seconde proposition de M. Toulhier, et voyons comment il établit que, dans le fait, l'ancienne jurisprudence française n'admettait pas la décision d'Ulpien consignée dans la loi 25, § 17, D. *de petitione hered.*

Nous lisons, dit-il, dans le *Traité des Success.* de Lebrun, liv. 3, ch. 4, N° 57, que l'héritier plus éloigné ne pourrait aliéner pendant sa jouissance, au préjudice du plus proche héritier, et que cela est certain.

Oui, cela était certain dans l'ancienne jurisprudence, mais cela l'était aussi dans le droit romain. Oui, dans notre ancienne jurisprudence, la règle générale était que le véritable héritier pouvait évincer les tiers-acquéreurs des biens vendus, pendant son abstention, par l'héritier apparent qui les possédait de bonne foi, à moins qu'ils ne les eussent possédés eux-mêmes pendant tout le temps requis pour la prescription ; mais cette règle générale, ce n'était pas notre ancienne jurisprudence qui l'avait créée ; elle n'avait fait que l'emprunter du droit romain, c'est-à-dire, de la loi 7 C. *de hered. petitione* ;

[ARTICLE 101.]

et le droit romain la modifiait par l'exception écrite dans la loi 25, § 17, du même titre, au digeste. Or, est-il vraisemblable que notre ancienne jurisprudence, en empruntant cette règle générale du droit romain, en eût rejeté l'exception ? Lebrun ne dit rien qui permette de le supposer, et voici un passage, du *Nouv. Denizart*, au mot *Héritier*, § II, No. 16, qui suppose clairement le contraire :

“ La loi reconnaît pour habiles à succéder au défunt tous ses parens : d'abord les plus proches, et à leur défaut les plus éloignés. De là il résulte que, tant que les plus proches à succéder ne se présentent pas, on ne peut contester la succession aux parens plus éloignés qui sont réputés saisis à l'égard des tiers.

“ Si, dans la suite, un parent plus proche se présente, il réclamera la succession contre le parent éloigné qui s'est porté héritier. Ce dernier sera tenu de lui rendre tous les biens héréditaires qui sont encore en sa possession, parce qu'entre eux respectivement, c'est le plus proche qui est saisi par la loi.

“ Que deviendront *tous les actes, soit d'administration, soit d'aliénation*, passés par le parent éloigné en qualité d'héritier, pendant le temps que le parent plus proche ne s'est pas présenté pour réclamer son droit ? Seront-ils nuls, comme faits dans une qualité qu'il n'avait pas ?

“ Si, pendant ce temps, le parent éloigné n'a pas été véritablement héritier, au moins a-t-il été héritier apparent ; au moins a-t-il été possesseur public de la succession non réclamée. Tous ceux qui ont traité avec lui, ont donc eu lieu de croire qu'il était le véritable héritier, s'étant porté publiquement pour tel sans contradiction de la part d'aucun autre parent. S'ils ont été trompés, c'est par le silence du parent plus proche qui ne s'est pas présenté pour réclamer ses droits. Celui-ci ne doit pas abuser contre eux de sa propre négligen-

[ARTICLE 101.]

ce. Ainsi tous les actes passés par le parent éloigné, héritier apparent, pendant le temps qu'il était connu comme tel, doivent être entretenus par le parent plus proche, véritable héritier, venant à réclamer la succession, *sauf à lui à se faire rendre, par l'héritier apparent, un compte de tout le bénéfice qu'il a tiré de la succession.* "

Par ces deniers termes, les auteurs du nouveau Denizart supposent clairement que l'héritier apparent possédait de bonne foi les biens qu'il a aliénés, puisqu'ils le présentent comme n'étant obligé de rendre au véritable héritier, que ce qu'il a retiré des ventes qu'il a faites. Ils supposent donc aussi que la loi 25, § 17 D. *de hered. petitione*, est encore en vigueur, puisque, sans la citer, ils en appliquent la décision au cas qu'elle a précisément pour objet.

Ce n'est là, j'en conviens, qu'une faible preuve de la non abrogation de cette loi par notre ancienne jurisprudence ; et elle devrait céder à des arrêts contraires, s'il en existait. Mais en existe-t-il véritablement ? M. Toullier est forcé de reconnaître que non, ou du moins il n'en cite pas un seul ; et en voici, au contraire, huit qui, dans le cas prévu par la loi dont il s'agit, ont rejeté la revendication du véritable héritier contre des tiers-acquéreurs.....

Idem, p. 35.—Mais cette jurisprudence est-elle, comme le prétend M. Toullier, en désaccord avec le Code civil ? Je suis loin de le penser.

Le code civil, il est vrai, ne renouvelle pas expressément la disposition du droit romain qui déchargeait l'héritier putatif de bonne foi, de toute répétition excédant ce qui lui restait de l'hérédité, au moment de la demande en délaissement formée contre lui ; mais cette disposition est si conforme aux principes de l'équité naturelle, que, quoiqu'elle n'ait plus parmi nous que l'autorité de raison écrite, elle n'en doit pas moins continuer de servir de boussole aux tri-

[ARTICLE 101.]

bunaux. Or, cette disposition une fois admise pour règle, il est impossible de ne pas admettre la conséquence qu'en tirait la loi 25, § 17, D. *de petit. hæred.* en faveur des tiers qui avaient, de bonne foi, acquis à titre onéreux du possesseur de bonne foi de l'hérédité, et n'étaient exclus par aucune clause de leurs contrats, du droit de recourir contre lui en cas d'éviction.

Qu'importe, après cela, que le code civil confirme expressément, art. 2125 et 2182, la maxime du droit romain, *nemo plus juris ni alium transferre potest quam ipse habet* ? Qu'importe que, par le second de ces articles, il applique spécialement cette maxime au vendeur ?

Pour que l'on pût inférer de là que le Code civil abroge la loi romaine dont il s'agit, il faudrait que cette loi fût contraire à la maxime citée. Mais elle ne l'est pas, à beaucoup près : elle ne dit pas que l'héritier putatif transfère, de plein droit, par le seul effet de la bonne foi avec laquelle il possède l'hérédité, la propriété des biens qu'il vend à des tiers qui les achètent de bonne foi ; elle fait même entendre très-clairement que les acquéreurs ne peuvent devenir propriétaires, dans le vrai sens de ce mot, que par la prescription de dix ans, *si nondùm usucaptæ sint*, mais prenant en considération le droit qu'a leur vendeur, à raison de sa bonne foi, de ne pouvoir être recherché au-delà de ce dont il s'est enrichi par la possession de l'hérédité, elle déclare le véritable héritier non-recevable à les évincer, parceque leur éviction entraînerait, pour l'héritier putatif, des pertes qu'il ne doit pas supporter ; de manière que ce n'est pas pour l'avantage des acquéreurs, mais pour celui de l'héritier putatif, qu'elle dispose ainsi ; et qu'en disposant ainsi, elle ne fait, au lieu de déroger au principe que nul ne peut transférer à autrui plus de droit qu'il n'en a lui-même, qu'en détourner l'application d'un cas où il se trouve croisé par un autre qui le rend sans effet.

[ARTICLE 101.]

Du reste, ce principe s'appliquera sous le code civil, comme il s'appliquait dans le droit romain, aux acquéreurs purs et simples à titre onéreux, quand l'héritier putatif n'aura pas été de bonne foi, et même, dans tous les cas, aux acquéreurs à titre gratuit, comme aux acquéreurs à titre onéreux avec clause de non garantie quelconque.

Et ceci nous fournit, à l'avance, une réponse péremptoire à l'argument que tire M. Toullier de l'art. 137 du code civil.

L'art. 136, dit-il, porte que, s'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue, elle sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut. Mais l'art. 137 ajoute que c'est sans préjudice des actions en pétition d'hérédité et à d'autres droits, lesquels compéteront à l'absent...et ne s'éteindront que par...la prescription.

“ On ne doit point supposer, continue-t-il, de paroles inutiles dans la loi, or, il est certain que l'action en pétition d'hérédité comprend tous les droits réels et personnels que le véritable héritier peut exercer contre celui qui s'est emparé de l'hérédité. (Pothier, Traité de la propriété, No. 398.) Cependant le code réserve *d'autres droits* au véritable héritier. Ce sont donc les droits qu'il peut exercer contre des tiers, tels que la revendication des immeubles vendus pendant son absence. ”

Admettons, pour un moment, avec M. Toullier, que ce soit là en effet le sens des mots *et d'autres droits* : il en résultera sans doute que le véritable héritier peut, lorsqu'il se présente, exercer des revendications sur les tiers acquéreurs des biens de la succession ; et en effet, il peut les évincer tous, en prouvant que leur vendeur était informé de son existence, et que par conséquent il possédait de mauvaise foi l'hérédité.

[ARTICLE 101.]

Il peut également, à défaut de cette preuve, évincer ceux d'entre eux qui ont acquis, même de bonne foi, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux avec clause de non-garantie. Or, c'en est bien assez pour ne pas laisser inutile la disposition que M. Toullier suppose être exprimée, dans l'art. 137, par les mots *et d'autres droits*, sans qu'il soit nécessaire, pour trouver matière à appliquer cette prétendue disposition, d'aller jusqu'à soumettre de plus à l'éviction les tiers-acquéreurs purs et simples à titre onéreux dont le vendeur était de bonne foi comme eux.

Mais quelque tranchante que soit cette réponse à l'argument de M. Toullier, il en est une autre plus tranchante encore : c'est que les mots *et d'autres droits* se réfèrent visiblement, dans l'art. 137, à toute autre chose que les droits à exercer par le véritable héritier, lors de son apparition, contre les tiers à qui, pendant son absence, l'héritier putatif a transféré des biens dépendans de la succession ; et, pour s'en convaincre, il suffit de lier l'art. 137, non seulement comme le fait M. Toullier, avec l'art. 136, mais encore, comme le texte même de la loi le commande, avec l'art. 135.

L'art. 135 porte : “ quiconque réclamera un *droit* échu à un individu dont l'existence ne sera pas reconnue, devra prouver que le dit individu existait quand le *droit* a été ouvert : jusqu'à cette preuve, il sera déclaré non-recevable dans sa demande. ”

De quels *droits* s'agit-il dans cet article ? Ce n'est assurément pas de successions, puisque les successions sont l'objet spécial de l'art. 136. Il ne peut donc être là question que de droits d'une autre nature, tel qu'un droit de survie déferé par contrat de mariage à un époux absent dont on n'a point de nouvelles, un legs assigné par testament à une personne dont l'existence est un problème, un droit de retour légal ou conventionnel qu'un donateur ascendant ou étranger aurait à exercer, s'il était présent et qu'il eût survécu au donataire.

ARTICLE 101.

Vient ensuite l'art. 136 qui prévoit et règle, d'après le même principe, le cas où une succession viendrait à s'ouvrir au profit d'une personne dont l'existence n'est pas reconnue.

Et c'est après tout cela, que l'art. 137 ajoute : “ Les dispositions des *deux* articles précédens auront lieu sans préjudice des actions *en pétition d'hérédité et d'autres droits*, lesquels compèteront à l'absent, etc.”

Rien de plus clair que ces termes, *les dispositions des deux articles précédens* : il en résulte évidemment que l'art. 137 ne se réfère pas seulement à l'art. 136, et qu'il a de plus en vue les dispositions de l'art. 135. Mais dès lors, quel peut être le sens des mots, *pétition d'hérédité et d'autres droits* ? il se présente de lui-même ; et c'est comme si l'art. 137 disait : *pétition d'hérédité*, dans le cas prévu par l'art. 136, et *pétition d'autres droits*, dans le cas prévu par l'art. 135.

Donc, les mots et *d'autres droits* sont, dans l'art. 137, synonymes de ceux-ci, *droit de survie, legs, droit de retour, etc.*

Donc, ces expressions n'ont aucun rapport à la succession recueillie par un successible à l'exclusion d'un parent aussi ou plus proche que lui, mais qui est absent.

Donc, elles ne désignent pas le droit que peut avoir le véritable héritier, lorsqu'il reparait, à revendiquer, sur les tiers-acquéreurs, les biens aliénés pendant son absence.

Donc, elle n'apporte aucun obstacle à ce qu'on applique sous le code civil, comme on appliquait sous l'ancienne jurisprudence, la disposition de la loi 25, § 17 D. *de petit.hæred.* aux cas qui en sont susceptibles.

Et c'est ce qui a été formellement jugé, tant par la Cour royale de Caen, que par la Cour de Cassation, par arrêt du 3 Aout 1815.

Id., p. 38. } Cet arrêt a fait jeter les hauts cris à M. Toul-
lier, qui s'est hâté d'en faire imprimer dans le
recueil de M. Sirey, tome 15, partie 2, page 276, une critique

[ARTICLE 101.]

sévère, pour ne rien dire de plus, qu'il a ensuite refondue dans le tome 7 de son *Droit civil français*, N^{os}. 31 et suivans.

Cette critique consistait à dire que la cour de cassation s'était gravement trompée en deux points : qu'elle s'était trompée en avançant que la cour royale de Caen n'avait fait, par le rejet de la revendication du Sieur Prépetil, que se conformer à l'ancienne jurisprudence ; et qu'elle s'était trompée d'une manière bien plus étrange encore, en affirmant que *la doctrine* suivie par l'arrêt de cette Cour était *conforme au droit romain*.

On a vu plus haut combien était peu fondé le premier de ses reproches.

Et comment M. Toullier justifiait-il le second ? En disant que *l'assertion* de la Cour suprême, sur la prétendue conformité de l'arrêt de la Cour royale de Caen au droit romain, n'était appuyée par la citation d'aucune loi, d'aucun auteur, et qu'après les recherches les plus exactes, *il n'avait* trouvé dans la législation romaine que des décisions contraires.

Il était aisé d'y répondre, et je l'ai fait dans ma 3^e. édition, par la citation de la loi 25, § 17 D. *de petit. hæred.* et des nombreux auteurs qui, rendant hommage à la sagesse de cette loi, en présentent la décision comme une règle constante et généralement observée.

Qu'a fait alors M. Toullier ? Il est revenu à la charge dans une addition à son tome 9 ; et il a cherché à établir d'abord que la loi citée devait être entendue, autrement qu'elle ne l'est par tous les interprètes, le seul président Favre excepté ; ensuite, que dût-elle être entendue dans le sens qu'on lui attribue communément, elle était abrogée par le code civil.

Mais tous ces raisonnemens, qui sont d'ailleurs suffisamment réfutés ci-dessus, n'ont pas empêché la Cour royale de Rouen de rendre, en 1826, un arrêt qui consacre de nouveau le principe proclamé par celui de la Cour de Cassation du 3 Août 1815.

[ARTICLE 101.]

Id., p. 39. } Il résulte de toute cette discussion, une remarque fort importante : c'est que le maintien des aliénations faites purement et simplement à titre onéreux par l'héritier putatif, avant l'apparition du véritable héritier, tient à un tout autre principe que le maintien des actes d'administration que l'héritier putatif a faits avant la même époque.

Les actes d'administration ne sont maintenus qu'en considération de la bonne foi des tiers qui ont traité ou plaidé avec l'héritier putatif ; et ils seraient maintenus, quand même l'héritier putatif n'aurait été qu'un possesseur de mauvaise foi. C'est ainsi que le paiement fait à un fondé de pouvoir dont le mandat était révoqué par un acte parvenu à sa connaissance personnelle, mais ignoré du débiteur qui a payé entre ses mains, ne laisse pas d'être valable et libératoire, quoiqu'il n'y ait eu bonne foi que de la part du débiteur, et que le mandataire ait reçu de mauvaise foi (L. 38, § 1, D *de solutionibus*).

Mais les actes d'aliénation faits au profit des tiers de bonne foi, ne sont maintenus qu'en considération de la bonne foi de l'héritier putatif ; ils ne le sont que pour ne pas l'exposer à des recours en garantie ; et il ne le sont pas, lorsqu'il n'est pas obligé d'en garantir l'exécution.

Et l'on voit, par là, qu'il ne faut pas prendre à la lettre, mais modifier par les distinctions que je viens de faire, la conséquence que j'avais, dans les deux premières éditions, tirée des arrêts du parlement de Paris de 1736 et 1782, et de celui du parlement de Rouen de 1739, savoir, qu'un héritier qui garde le silence et se renferme dans les termes de la simple abstention, est assimilé, par rapport aux tiers, à un héritier qui renonce expressément ; en sorte que tout ce qui a été fait avant son adition d'hérédité, demeure aussi valable que s'il avait existé, de sa part, un acte de renonciation. Cette règle est évidemment trop générale.

[ARTICLE 101.]

Mais si, parmi les cas où elle est applicable, il en est un où elle a lieu par un motif étranger à l'intérêt des tiers (savoir, celui de la vente faite par l'héritier putatif possesseur de bonne foi), il n'en est du moins aucun où elle puisse être appliquée à leur préjudice,...(ainsi jugé par arrêt à la première chambre des enquêtes, le 6 Septembre 1785, au parlement de Paris—8 Merlin, *quest. de droit*, §4, p. 39 et suiv.)

* *C. N.*, 132 } Si l'absent reparait, ou si son existence est prouvée, même après l'envoi définitif, il recouvrera ses biens dans l'état où ils se trouveront, le prix de ceux qui auraient été aliénés, ou les biens provenant de l'emploi qui aurait été fait du prix de ses biens vendus.

Lahaie, p. 42 sur } *Cambracérès*.—Le respect dû à la propriété exige qu'en tout temps, l'absent reprenne ses biens : à quelque époque qu'il se présente, il ne doit pas être exproprié par une fin de non-recevoir.

Tronchet.—Autrement, l'absent se trouverait dépouillé de son patrimoine en faveur de ceux que les liens du sang obligeraient à le lui conserver ; et, si ces personnes étaient ses enfans, la loi les obligerait-elle à prescrire contre l'auteur de leurs jours ? Tous les auteurs s'accordent à dire que jamais l'envoi en possession définitif n'a dispensé de rendre le patrimoine à l'absent lorsqu'il reparait.

Delvincourt, t. 1, note 3 de la page 49.—Dans l'état où ils se trouveront—par conséquent, avec les hypothèques dont ils sont grevés, sauf leur recours contre les envoyés en possession. Quant aux fruits, ils sont irrévocablement acquis aux envoyés en possession, sans aucune distinction entre les revenus payés et ceux encore dus, mais qui étaient échus au moment du retour de l'absent.—*Note. 4.*—Le prix de ceux aliénés.—Mais je pense qu'il faut ajouter la modification, *quatenus possessores locupletiores facti sunt*. Par conséquent, si le prix

[ARTICLE 101.]

était encore dû, l'envoyé en possession serait seulement tenu de céder ses actions contre l'acheteur : et si l'aliénation avait été faite à titre gratuit et sans fraude, l'envoyé en possession ne serait point tenu.

Par la même raison, je ne pense pas qu'il soit tenu des dégradations ou détériorations survenues depuis l'envoi définitif, et dont il n'a pas profité. *Qui rem quasi suam neglexit, nulli culpæ subjectus est.*

Malleville.—Ainsi, l'absent qui reparait a toute action contre ceux qui avaient été mis en possession de ses biens, mais aucune contre des tiers qui ont contracté avec ceux qu'ils devaient regarder comme vrais propriétaires.

Les hypothèques que les héritiers présomptifs auraient assises sur les biens de l'absent, après l'envoi définitif, continueraient à subsister malgré son retour : car, dès que l'absent ne peut pas quereller même les ventes, à plus forte raison les simples hypothèques. L'article d'ailleurs décide bien nettement la question, en disant qu'il prendra les biens *dans l'état où ils se trouveront.* (*Sed v. Pandectes Frs., citées ci-dessus.*)—*Il recouvrera.* Ainsi, point de prescription en faveur de l'envoyé en possession ; le titre de sa jouissance n'est que précaire, et contrasterait avec l'idée d'une possession *animo domino.*

Toullier, t. 1, n. 449 et 450.—L'absent ne peut faire résoudre les contrats d'aliénation légalement passés par ses héritiers depuis l'envoi définitif. C'est une exception à la règle que personne ne peut transférer à un autre plus de droits qu'il n'en a lui-même.

Quant aux revenus des biens perçus par les héritiers, ils leur sont irrévocablement acquis, jusqu'au moment où l'absent a reparu ou donné de ses nouvelles : il ne peut leur en demander aucun compte : mais il semble que l'absent a droit de réclamer les revenus ou fermages arriérés, encore dus par

[ARTICLE 101.]

les fermiers ou débiteurs, et même ceux que ses héritiers auraient perçus depuis son retour, puisqu'il reprend ses biens dans l'état où ils se trouvent.

Duranton t. 1, n. 509.—Il ne faut pas croire que les envoyés en possession soient tenues d'abandonner tous les biens qu'ils ont acquis, en paiement de ceux qu'ils ont aliénés ; car très-probablement ils n'auront pas songé, après un aussi long temps, au retour de l'absent, ni à inscrire dans leurs contrats d'acquisition la clause d'emploi ou de remploi : ils ne devraient donc point être forcés, lors même qu'ils opteraient pour l'abandon des biens, de les abandonner *en totalité*, s'ils leur avaient coûté un prix supérieur à celui des biens vendus. Cette disposition, dont au reste l'application aura rarement lieu, ne sera pas sans difficulté dans la pratique. Les juges prononceront *ex æquo et bono*.

Si les fruits n'étaient point échus ou perçus, ils reviendraient à l'absent. (Toullier No. 450. *Contrà* : *Duranton*, n. 506, 509, t. 1.)

Quid des biens donnés ? Si un possesseur a donné des biens de l'absent à ses enfans, il en devra récompense ; car il s'en est servi pour acquitter une dette naturelle et civile, et son patrimoine s'est accru de toute l'importance de la donation. Toute autre donation ne nous semble pas devoir astreindre à une récompense. Le possesseur définitif a pu se croire propriétaire ; en donnant, il ne s'est pas enrichi.

C. L., 74. } Si l'absent reparait, ou si son existence est prouvée, même après l'envoi définitif, il recouvrera ses biens dans l'état où ils se trouveront, le prix de ceux qui auraient été aliénés, ou les biens provenant de l'emploi qui aurait été fait du prix de ses biens vendus.

Voy. autorités citées sous art. 105.

[ARTICLE 102.]

102. Les enfans et descendants directs de l'absent peuvent également, dans les trente ans à compter de l'époque où la possession provisoire est devenue définitive, demander la restitution de ses biens, comme il est dit, en l'article précédent.	102. The children and direct descendants of the absentee may likewise, within the thirty years from the time at which the said possession becomes absolute, claim the restitution of his property, as mentioned in the preceding article.
--	--

* *C. N.*, 133. } Les enfans et descendants directs de l'absent pourront également, dans les trente ans, à compter de l'envoi définitif, demander la restitution de ses biens, comme il est dit dans l'article précédent.

* 3 *Pandectes Frs.*, } 46.—Ainsi, pendant soixante-cinq ans, les
sur C. N., p. 54. } enfans, et descendans directs, pourront réclamer les biens de l'absent. C'est assurément un terme assez long, pour l'exercice de toutes les actions, quelles qu'elles soient. Il était impossible d'apporter plus de prévoyance, à veiller à tous les intérêts. Ceux qui viendraient, après un aussi long espace, seraient sans droit ; et ils n'auraient certainement pas lieu de s'en plaindre. On ne pouvait pas laisser plus longtemps la propriété précaire et incertaine.

Remarquez, qu'il faut se conduire, avec les enfans, ou descendans, comme avec l'absent lui-même, suivant l'époque à laquelle ils viennent réclamer.

Lahaie, p. 43, sur } *Bigot-Préameneu*. — Exposé des motifs
 art. 133, *C. N.* } au corps législatif, 3 Mars 1803.—L'absent pourrait avoir une postérité qui n'aurait point été connue pendant les trente-cinq ans écoulés, avant que les autres héritiers présomptifs aient été définitivement envoyés en pos-

[ARTICLE 102.]

session : ses descendans ne doivent pas être dépouillés par les collatéraux sous prétexte de cet envoi définitif ; et s'ils prouvent l'existence ou la mort de l'absent, tout droit des collatéraux cesse : s'ils ne prouvent ni l'un ni l'autre de ces faits, ils ont au moins, dans leur qualité de descendans, un titre préférable pour obtenir la possession des biens.

Néanmoins, leur action ne devra plus être admise, s'il s'est encore écoulé trente années depuis l'envoi définitif. Cet envoi a transporté aux collatéraux la propriété des biens, et postérieurement encore, ils auront possédé pendant le plus long temps qui soit requis pour opérer la prescription. Ils doivent avoir le droit de l'opposer même aux descendans de l'absent, qui ne pourront pas se plaindre si, après une révolution de soixante-cinq ans au moins depuis la disparition, ils ne sont plus admis à une recherche qui, comme toutes les actions de droit, doit être soumise à une prescription.

Delvincourt, t. 1, p. 49, note 2.—Les collatéraux de l'absent, autres que les envoyés en possession, pourraient-ils réclamer sa succession postérieurement à l'envoi définitif, en prouvant qu'il était décédé à cette époque, et qu'ils étaient alors ses héritiers ? Je crois que oui : c'est ici une action en pétition d'hérédité, qui ne se prescrit que par trente ans, à compter du décès.

Hua.—Quoique l'article ne désigne que les parens en ligne directe descendante, on ne pourrait refuser aux collatéraux la réintégration, s'ils justifiaient, par des renseignemens positifs sur l'existence de l'absent, qu'ils sont devenus héritiers pourvu qu'ils se pourvoient avant l'expiration du délai de prescription admissible contre tous. Le jugement d'envoi définitif ne saurait leur être opposé, puisqu'il n'est point rendu avec eux ; et c'est effectivement la prescription qui les déposséderait.

Toullier, t. 1, no. 452.—Les héritiers de l'absent ne pour-

[ARTICLE 103.]

raient invoquer aucune prescription s'ils s'étaient bornés à obtenir l'envoi en possession provisoire sans avoir obtenu l'envoi définitif, parcequ'ils n'auraient pas cessé de n'être que dépositaires ; c'est l'envoi en possession définitive qui peut seul faire cesser cette qualité. Si les héritiers ont négligé de provoquer l'envoi en possession définitive, qui n'est accordé qu'après de nouvelles enquêtes, il est à croire qu'ils en ont été empêchés par la crainte de voir se découvrir, sur l'existence de l'absent, des nouvelles qui auraient fait cesser les effets de l'envoi en possession provisoire. Ils restent donc toujours dépositaires jusqu'à l'envoi définitif, et les aliénations qu'ils feraient avant de l'avoir obtenu pourraient être attaquées par l'absent ou par ses enfans et descendans. Les acquéreurs ne pourraient s'en plaindre : c'était à eux de s'assurer du titre et des droits de leur vendeur.

103. Après le jugement accordant la possession provisoire, celui qui a des droits à exercer contre l'absent ne peut les poursuivre que contre ceux qui ont été envoyés en possession.	103. After the judgment authorising provisional possession, persons having claims against the absentee can only enforce them against those who have been authorized to take possession.
---	---

* 1 *Lamoignon* — } 6. Si après les cinq années ces biens de l'ab-
Rec., des arr., p. 38. } sent ont été partagés entre les héritiers pré-
 somptifs, seront du jour du partage les poursuites continuées
 ou commencées contre les héritiers à la requête des créanciers
 de l'absent, à peine de nullité.

Id., 2e. vol., p. 44 } Quant aux créanciers de l'absent,
 } il n'est pas juste que l'absence de
 leur débiteur leur porte préjudice. Ainsi rien ne doit arrê-
 ter leurs poursuites. C'est l'usage de créer alors un curateur

[ARTICLE 104.]

à l'absent, contre lequel les créanciers dirigent leurs actions. Mais, quand les biens ont été partagés entre les héritiers présomptifs, il est naturel alors que les poursuites soient continuées ou encommencées contre eux.

* *C. L.*, 76. } Après le jugement d'envoi provisoire ou d'administration légale, toute personne qui aurait des droits à exercer contre l'absent, ne pourra les poursuivre que contre ceux qui auront été envoyés en possession des biens, ou qui en auront eu l'administration légale.

* *C. N.*, 134. } Après le jugement de déclaration d'absence, toute personne qui aurait des droits à exercer contre l'absent, ne pourra les poursuivre que contre ceux qui auront été envoyés en possession des biens, ou qui en auront l'administration légale.

CHAPITRE TROISIEME.

DES EFFETS DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AUX DROITS ÉVENTUELS QUI PEUVENT COM-
PÉTER A L'ABSENT.

CHAPTER THIRD.

OF THE EFFECT OF ABSENCE IN
RELATION TO CONTINGENT
RIGHTS WHICH MAY ACCRUE
TO THE ABSENTEE.

104. Quiconque réclame un droit échu à un absent doit prouver que cet absent existait quand le droit a été ouvert ; à défaut de cette preuve, il est déclaré non recevable dans sa demande.

104. Whoever claims a right accruing to an absentee must prove that such absentee was living at the time the right accrued ; in default of such proof his demand is not admitted.

[ARTICLE 104.]

* *Pothier.—Successions,* } ...Pierre, lors de sa mort, a laissé pour
ch. 1, sec. 2, art. 1, p. 8—9. } son héritier Philippe, son cousin ger-
 main et plus proche parent. Les enfans de Jacques, qui
 était aussi cousin germain du défunt, et qui s'est absenté
 avant la mort du défunt sans qu'on ait eu aucune nouvelle
 de lui, et qu'on ait su ce qu'il est devenu, prétendent que
 Jacques leur père, doit être présumé vivant, et avoir, conjointement avec Philippe, succédé à Pierre : et en conséquence
 s'étant fait envoyer en possession des biens de leur père
 comme absent, ils demandent à partager avec Philippe les
 biens de Pierre. Y sont-ils bien fondés ? Il faut décider
 qu'ils n'y sont pas fondés ; car pour que Jacques, leur père
 ait succédé à Pierre, il faut qu'il ait existé, qu'il ait été
 vivant lors de la mort de Pierre. Dans l'incertitude où l'on
 est s'il était vivant ou non pour lors, et si en conséquence il
 a succédé, c'est à ses enfans, qui le soutiennent, à le prouver,
 suivant la maxime : *Incumbit onus probandi ei qui dicit* ; faute
 de pouvoir le prouver, Philippe doit avoir congé de leur de-
 mande.

Les enfans de Jacques, pour établir leur demande allègue-
 ront une prétendue maxime qui se trouve à la tête du Recueil
 de Lacombe, qu'un homme est présumé vivre cent ans.
 La réponse est que cette maxime est très-fausse, et que les
 lois sur lesquelles les praticiens, de qui il l'a empruntée,
 ont coutume de la fonder, sont très-mal appliquées. Les pré-
 somptions se tirent de ce qui arrive ordinairement, *præsum-
 ptio ex eo quod plerumque fit.* Cuj. in *Paratit. ad tit. de pro-
 batio. et præpumptio.* D'où il suit que, pour qu'un homme dût
 être présumé vivre cent ans, il faudrait que le tems de cent ans
 fût la durée ordinaire des hommes ; il faudrait qu'il n'arrivât
 que très rarement qu'un homme mourût avant l'âge de cent ans.
 Or, l'expérience nous convainc du contraire. Il est donc faux
 qu'un homme doive être présumé vivre cent ans. Les lois
 que les praticiens allèguent pour établir cette maxime, sont

[ARTICLE 104.]

la loi, 56, ff. *de usu.*, la loi 23, *cod. de sacro sanct. Eccles.* et autres, où il est dit que le temps de cent ans est le temps de la vie des hommes qui vivent le plus longtemps, *is finis longævi hominis*. Mais ces lois n'établissent point leur maxime, mais une très-différente ; savoir qu'un homme est présumé ne pas vivre plus de cent ans, ce qui est différent de ce qu'ils disent, qu'un homme est présumé vivre cent ans. Qu'un homme soit présumé ne pas vivre plus de cent ans, cela est conforme à la nature des présomptions, *præsumptio ex eo quod plerumquæ fit*. C'est pourquoi, quoiqu'il y ait quelques hommes qui vivent au delà de cent ans, le cas en est très-rare ; et il arrive au contraire très-communément, que les hommes meurent avant cet âge. Toutes les fois donc qu'un Demandeur sera obligé de prouver la mort d'une personne pour fonder sa demande, comme s'il demande un profit qu'il prétend lui être dû par la mort de cette personne, qui lui a été donnée pour vicaire ; s'il demande un legs qui lui a été fait sous condition de la mort d'une personne ; en ces cas et autres semblables, le Demandeur, en justifiant par le rapport de l'extrait baptistaire de cette personne, qu'il s'est écoulé cent ans depuis sa naissance, sera dispensé de prouver sa mort ; car elle sera présumée, parce qu'un homme est présumé ne pas vivre plus de cent ans ; mais s'il ne s'est pas écoulé le temps de cent ans depuis sa naissance, la vie ou la mort de cet homme sont choses également incertaines ; il n'y a de présomption ni pour l'une ni pour l'autre ; et de même qu'en ce cas, lorsque la mort de cet absent, survenue avant qu'il ait atteint l'âge de cent ans, sert de fondement à une demande, le demandeur est obligé de fonder sa demande en justifiant de sa mort ; de même, lorsque la vie de cet absent sert de fondement, comme dans l'espèce ci-dessus proposée, le Demandeur doit pareillement justifier de sa vie.

[ARTICLE 104.]

* 1 *Nouveau Denizart*, } § II...Quelques auteurs pensent que l'absent doit être réputé vivre cent ans ;
vo. Absence, p. 49. } mais c'est une vieille erreur qui n'est fondée que sur des lois citées à contre-sens, ainsi que le démontre M. Pothier, *cout. d'Orl.* tit. 17, no. 7. Les lois disent seulement que l'homme ne doit pas être présumé vivre plus de cent ans : *qui finis vitæ longissimus est. Leg. 8, ff. de usu et usufructu.*

2. Selon les vrais principes, l'absent n'est ni présumé vivre, ni présumé mort ; c'est à ceux qui ont intérêt qu'il soit vivant, à prouver sa vie ; de même que c'est à ceux qui ont intérêt qu'il soit mort, à prouver sa mort, selon la règle, *ei incumbit probatio qui dicit. Leg. 2, ff. de probat.* Dans l'incertitude, la justice, que rien n'oblige à déterminer positivement l'état de l'absent, aime mieux suspendre tout-à-fait son jugement, que de se décider sur de simples présomptions.

* *Pothier, Intr. cout. d'Orl.*, } ...No. 6.—Pour pouvoir succéder
tit. 17, sec. 1, § II p. 576. } à quelqu'un, il faut avant toutes choses, exister au temps de l'ouverture de sa succession : c'est pourquoi ceux qui au temps de cette ouverture n'étaient pas encore conçus, ne peuvent jamais la prétendre. Mais les posthumes qui étaient dans le sein de leur mère au temps de l'ouverture de la succession ; pourvu qu'ils naissent vivans et à terme, succèdent comme s'ils eussent été déjà nés, suivant cette maxime de droit : *qui in utero est, pro jam nato habetur, quoties de commodo ejus agitur ; L. 231, ff. de verb. sign.*

No. 7.—C'est à celui qui a intérêt que quelqu'un ait succédé à un autre, à prouver qu'il était vivant au temps de l'ouverture de la succession, et qu'en conséquence il l'a recueillie, suivant cette règle de droit : *Ei incumbit probatio qui dicit.* C'est pourquoi si l'un de mes héritiers présomptifs était absent de longue absence, dès avant ma mort, ses enfans ne pourront pas de son chef, non plus que ses créanciers, prétendre aucune part dans ma succession, s'ils ne prouvent qu'on

[ARTICLE 104.]

a eu de ses nouvelles depuis ma mort. On opposera peut être contre notre décision, ce que quelques praticiens ont donné pour maxime : qu'un homme était présumé vivre cent ans. Mais elle est évidemment fausse et absurde ; car toute présomption doit être fondée sur quelque vraisemblance, et sur ce qui arrive communément, *præsumptio ex eo quod plerumquæ fit*. Il faudrait donc, pour qu'un homme pût être présumé vivre cent ans, que ce fût le temps ordinaire de la vie des hommes, et qu'il y en eût très peu qui mourussent avant les cent ans. La loi 8, de *usufr. leg.* et autres qu'ils citent pour fondement de cette maxime, sont citées à contre-sens. Ces textes disent seulement qu'un homme est présumé ne pas vivre au-delà de cent ans ; ce qui est bien différent de ce qu'on leur fait dire. Jusqu'à ce que le temps de cent ans se soit écoulé depuis la naissance d'un absent, il n'est ni présumé vivre, ni présumé mort ; et c'est à ceux qui ont intérêt qu'il soit vivant, à prouver sa vie, comme c'est à ceux qui ont intérêt qu'il soit mort, à prouver sa mort.

Il est vrai que, contre le sentiment que nous embrassons, par l'arrêt de Tielment, cité dans les livres, les créanciers du nommé Tielment ont été admis à exercer ses droits dans une succession échue au bout de treize ans depuis qu'on n'avait eu aucunes nouvelles de lui. Mais cet arrêt, fondé apparemment sur cette vieille erreur, qu'un homme est présumé vivre cent ans, ne doit pas être suivi ; et depuis, la cour, par arrêt du 11 Aout 1719, au 6e t. *du Journal*, a jugé conformément à notre sentiment.

* 2 Demolombe, } No. 3.—La règle adoptée d'abord fut
 pp. 3, 4. } que l'absent devait être présumé vivant,
 jusqu'à ce qu'il eût atteint l'âge de cent ans, terme le plus
 long de la vie humaine ; c'est ainsi que les créanciers d'un
 sieur Tielment furent admis à exercer ses droits dans une
 succession échue treize ans après sa disparition sans aucune

[ARTICLE 104.]

nouvelle (arrêt du 7 Juillet 1629. Journal des aud., t. 1, liv. 2, ch. 14 ; Merlin, Rép., t. 1, Vo. Absent, n° 4)....Mais cette présomption n'était certainement pas raisonnable ; aussi Pothier l'a-t-il critiquée avec une vivacité d'expression qui ne lui est pas habituelle (*loc. cit.*).

* 1 *Guyot, Rép., Vo. Absent, p. 66.* } Autrefois, quand il s'agissait de partager une succession à laquelle un absent aurait pu participer, on le supposait vivant, s'il y avait sur son sort une incertitude entière sans aucun fait déterminant qui fit présumer sa mort, et on l'admettait au partage comme s'il eut été présent.

...Mais il en est aujourd'hui différemment. On ne présume ni l'existence ni la mort d'un absent ; et c'est à ceux qui ont intérêt à cette existence ou à cette mort, à en faire preuve. On juge en conséquence, qu'un absent ne peut recueillir aucune succession, par la raison qu'il doit pour cet effet justifier de son existence. Il ne peut de même rien acquérir en qualité de légataire, à cause de la nécessité de la demande en délivrance de legs exigée par la loi.

* *Biret, Absence, ch., 9, p. 157 et suiv.* } Cependant il faut dire que dans les derniers tems de l'ancien droit, la faculté de succéder, accordée à l'absent, fut repoussée. Une sentence du Châtelet de Paris, du 19 Février 1761, fut la première décision judiciaire qui prononça l'exclusion de l'absent, d'une succession ouverte en sa faveur. Aussi, M. Merlin lui-même dit que cette sentence fut regardée alors comme une exception neuve dans la matière. Mais bientôt deux arrêts du Parlement de Paris décidèrent qu'après dix ans d'absence, il y avait lieu d'exclure les absents des successions, et d'admettre à leur place ceux qui auraient succédé, si les absents n'eussent pas existé.

Tel fut le dernier état de l'ancienne jurisprudence : état sur lequel les nouveaux législateurs eurent à délibérer.

[ARTICLE 104.]

D'un côté, se présentait, tout entier en faveur de l'absent, le principe régulateur du nouveau système, c'est-à-dire, l'état d'incertitude parfaite de vie et de mort de l'absent, car cet état est permanent pendant trente ans après l'envoi en possession provisoire. Il n'est pas un seul article, une seule disposition, une seule conséquence du système de l'absence, qui suppose l'absent plutôt mort que vivant. Tout est, au contraire, dit, réglé, ordonné dans l'espoir de son retour ; et même après les trente ans, cet espoir n'est pas interdit irrévocablement, puisque l'absent n'est pas dépouillé de ses droits sans retour. Sa seule présence, ou ses ordres certains et prouvés, suffisent pour anéantir l'édifice élevé pour ou contre lui pendant tout le tems de son absence.

D'un autre côté, l'ancienne jurisprudence, loin d'être anéantie, paraissait se vivifier par les principes qui avaient été reconnus et suivis, pendant la législation transitoire, à l'égard des absent. Quelques Cours, au moment même de la discussion, observèrent qu'il résultait de ces principes, qu'un individu est toujours présumé existant, si sa mort n'est pas justifiée, à moins qu'il ne se fût écoulé cent ans depuis sa naissance.

Aussi l'article 135 ne fut pas admis sans une vive discussion au conseil d'Etat.....

On répondit : “ Pour succéder, il faut exister, et justifier de son existence. Ainsi, lorsqu'on allègue le fait de l'existence pour entrer en partage d'une succession, on est obligé de le prouver (M. Régnier). “ L'absent, d'ailleurs, ne perd pas irrévocablement la succession, faute d'avoir administré la preuve de son existence ; car il reste la pétition d'hérédité, qui dure trente ans. ”

“ Tout se réduit à une distinction infiniment simple, ajouta M. Cambacérès. Ceux qui se présentent pour recueillir une succession, du chef de l'absent, sont obligés de prouver qu'il

[ARTICLE 104.]

existe : ceux qui se présentent pour hériter à défaut de l'absent n'ont rien à prouver, ils tirent leurs droits d'eux-mêmes, et les exercent exclusivement lorsque personne ne se trouve en état de réclamer le concours. " Tels furent les motifs qui firent admettre l'article 135.

* *Lahaie*, p. 43 sur } *C. N.* 135 : " Quiconque réclamera un
art. 135, C. N. } droit échu à un individu dont l'existence ne sera pas reconnue, devra prouver que le dit individu existait quand le droit a été ouvert : jusqu'à cette preuve, il sera déclaré non recevable dans sa demande."

Pothier, Introd. au tit. 17 de la cout. d'Orl., n. 7.—C'est à celui qui a intérêt que quelqu'un ait succédé à un autre, à prouver qu'il était vivant au temps de l'ouverture de la succession, et qu'en conséquence il l'a recueillie, suivant cette règle de droit : *ei incumbit probatio qui dicit*.

Delvincourt, t. 1, note 5 de la page 49.—Remarquez que le législateur a fait un article pour établir que celui qui veut exercer un droit subordonné à la condition de l'existence d'un individu non présent, est tenu de prouver que cet individu existait à l'époque à laquelle ce droit s'est ouvert ; mais il n'existe aucune disposition portant que celui qui voudra exercer un droit subordonné à la condition du décès du même individu, sera obligé de prouver le décès : or, d'où peut résulter cette différence, sinon de ce que la présomption du décès existe dans la loi et par la loi ? En conséquence, non seulement elle dispense de toute preuve, mais encore elle oblige celui qui prétend que l'absent a survécu à sa disparition, à le prouver.

Malleville.—Si, avant la déclaration d'absence d'un individu il lui échoit une succession, d'après les principes adoptés par le chap. 1, on la recueillera pour lui. Cependant s'il ne revient pas et qu'on n'ait plus de ses nouvelles, il est constant que mal à propos on lui aura adjugé cette succession, puisque,

[ARTICLE 104.]

d'après l'art. 120, il est censé mort du jour de sa disparition, ou de ses dernières nouvelles. Ne faut-il pas, après les trente ans depuis l'envoi en possession provisoire des héritiers, ou après les cent ans révolus depuis la naissance de l'absent, rendre l'hérédité à ceux qu'il en a privés ?

Ce cas pourra fréquemment arriver. J'opinerais alors pour la restitution, sans qu'on puisse opposer aucune prescription aux réclamans dans cet intervalle, parce que jusque là, ils ne pouvaient pas agir, ou que s'ils le faisaient, on leur dirait, d'après notre article 135, de prouver la mort de l'absent.—*Quiconque*.—Même l'envoyé en possession provisoire, ou celui qui aurait obtenu postérieurement l'envoi en possession définitif.

Merlin, Rép., Absent, t. 16, p. 30.—Le motif de cette disposition est palpable : l'absent dont on n'a point de nouvelles n'est présumé ni mort ni vivant : c'est donc à ceux qui réclament des droits sur le fondement de son décès à en rapporter la preuve.

Rolland de Villargues, Vo. absent, No. 297.—Comme ce n'est que par fin de non-recevoir, *quant à présent*, qu'il sera repoussé, lorsqu'il aura acquis des preuves, il pourra renouveler sa demande sans craindre l'exception de la chose jugée.

Duranton, t. 1, n. 535.—Lorsque l'existence de l'appelé à l'époque où le droit s'est ouvert ne sera pas reconnue par les héritiers présens, ou qu'elle ne sera pas prouvée contre eux, le droit leur sera exclusivement dévolu. A cet égard la loi ne fait aucune distinction entre le cas où l'individu n'était, lors de l'ouverture du droit, qu'en simple présomption d'absence, et celui où il était absent déclaré. La discussion au conseil d'Etat à ce sujet, et les nombreux arrêts rendus en ce sens, ne permettent pas le moindre doute sur ce point.

[ARTICLE 104.]

* 10 *Nouveau Denizart*, } § II. " Effets de l'absence relative
 p. 70, *Vo. Absence*. } ment aux droits éventuels qui peu-
 vent compéter à l'absent."

Une ancienne jurisprudence voulait que l'absent, tant qu'il n'aurait point acquis ses cent années, fut présumé vivant, et qu'en son nom on pût réclamer tous les droits qui lui étaient échus depuis son absence, comme s'il eut été présent. On a enfin reconnu que cette jurisprudence était contraire aux vrais principes ; et, depuis l'arrêt du 2 Janvier 1634, rapporté au journal des audiences, on considère que l'absent ne peut être réputé ni vivant ni mort. C'est à celui qui a intérêt à le placer dans l'un ou l'autre cas, à le prouver : *ei incumbit probatio qui dicit*. Ne paraissant point lors de l'ouverture d'une succession, il doit être considéré comme n'existant pas, et dès lors il doit être privé des droits qui lui échoient pendant son absence. Ces droits doivent être dévolus à ses parens, soit égaux en degrés, soit à des degrés subséquens, sauf, s'il reparait à exercer ses actions en pétition d'hérédité contre ceux qui se sont mis à sa place. Depuis 1634, cette jurisprudence s'était établie par une multitude d'arrêts.

Et en effet, l'absent est incapable d'acquérir à titre d'héritier, de donataire ou de légataire. Comme héritier, il faut qu'il se présente en personne ; qu'il justifie de sa filiation ; qu'il justifie surtout de son existence ; qu'il administre les preuves de sa capacité à succéder ; qu'il soit en état, par sa présence, de la défendre contre ceux qui la lui contesteraient, qui attaqueraient son degré de parenté, et qui, par exemple, soutiendraient qu'il s'est établi en pays étranger sans esprit de retour, ou qu'il s'y est fait naturaliser.

Le mort saisit le vif. Ce n'est point un présumé vivant qu'exige ce principe, mais un vivant qui se présente de fait, ou dont au moins l'existence ne soit point douteuse. Et comment connaître la volonté d'un absent, dans le cas de succes-

[ARTICLE 105.]

sion, pour savoir s'il entend se porter héritier, lorsque la loi l'autorise à s'en abstenir ou à la répudier ?

Cet absent peut encore moins être donataire ou légataire ; car, pour être donataire, il faut accepter la donation ; et dès lors il faut être présent, ou au moins avoir un fondé de pouvoir spécial. Pour être légataire, il faut former la demande en délivrance de legs, et l'obtenir : ce que ne peut pas faire un absent.

Ces principes, cette nouvelle jurisprudence établie par l'arrêt de 1634, ont servi de guide au législateur dans la rédaction des articles 135, 136 et 137 du Code civil.

* *Bretonnier—Questions.* } Si les légataires peuvent justifier
ions.—Vo. Absent, p. 11. } du décès du testateur, il semble juste
 de condamner les héritiers qui ont joui des biens, de leur
 payer leurs legs avec les intérêts du jour du décès du testateur.

V. arrêt du 2 Janvier 1634, cité sous l'art. 94.—V. C. N., cité par Lahaie, ci-dessus.

105. S'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un absent, elle est dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut.	105. If an absentee be called to a succession, it devolves exclusively to those who would have shared with him, or to those who would have succeeded in his stead.
--	--

V. les autorités citées sous l'article précédent.

* 2 *Poullain du Parc*, } Au contraire, lorsqu'il n'est pas ques-
ch., 17, p. 46, No. 7. } tion des droits de l'absent ni de ses créan-
 ciers, on admet la présomption de mort, dans tout le droit

[ARTICLE 105.]

Français, après dix ans depuis les dernières nouvelles qu'on a eues de lui ; et dans notre usage, après sept ans, en conformité des coutumes du Maine et d'Anjou.

Nº. 8. Mais comme ce n'est toujours qu'une présomption, les héritiers présomptifs de l'absent ne sont admis à recueillir la succession qu'en donnant caution de la lui restituer.

* *C. N.*, 136. } S'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un individu, dont l'existence n'est pas reconnue, elle sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut.

* 3 *Pandectes Frs.*, } Cet article est une suite du même p. 59, sur art. 136, *C. N.* } principe (art. précédent) et contient précisément la même décision. Observez, au reste qu'il ne peut recevoir d'application que quand l'absence a été déclarée ; car, jusques-là, on ne peut pas dire que l'existence n'est pas reconnue. Au contraire, l'absent n'est encore censé que non présent, et il est présumé existant. Il faut, alors, opérer avec un notaire commis par le tribunal, aux termes de de l'art. 113. Ce ne sera qu'après la déclaration d'absence, que ses co-héritiers, ou ceux du degré suivant, pourront se mettre en possession, ou de sa part, ou de la totalité de la succession.

* 1 *Toullier, Liv. I, Tit. 4,* } Suivant l'axiôme fondamental *Sec. 2, No. 473.* } en cette matière, l'absent n'est présumé ni mort ni vivant. D'un autre côté, c'est à celui qui forme une demande à prouver qu'elle est fondée : c'est, en jurisprudence, un principe fécond en conséquences. De ces deux principes combinés, dérivent toutes les dispositions de cette section.

[ARTICLE 105.]

No. 474. Il en résulte, 1^o. que ceux qui prétendent exercer un droit auquel la mort de l'absent peut seul donner ouverture, sont obligés de prouver son décès. Ainsi, quoique, suivant l'art. 130, la succession de l'absent soit ouverte du jour de son décès, au profit des héritiers les plus proches à cette époque, ils doivent prouver la date de ce décès, s'ils veulent évincer les héritiers qui, étant les plus proches au jour de sa disparition, ont obtenu l'envoi en possession définitive, par les motifs ci-devant expliqués.

No. 475. Il en résulte, 2^o. que si l'on prétend exercer un droit qui suppose la vie de l'absent, on est obligé de prouver qu'il existe. Cette seconde règle est établie dans les termes les plus généraux par l'art. 135, qui porte : “ quiconque réclamera un droit échu à un individu dont l'existence ne sera pas reconnue, devra prouver que le dit individu existait quand le droit a été ouvert ; jusqu'à cette époque, il sera déclaré non-recevable dans sa demande.”

No. 476. L'art. 136 applique cette règle générale au cas d'une succession : “ S'il s'ouvre une succession, etc.” Cet article embrasse les deux manières dont on peut venir à une succession, soit seul, comme ayant le droit, en qualité de plus proche, en degré, d'exclure les plus éloignés, soit en concourant avec d'autres cohéritiers égaux en degré ou venant par représentation. Dans l'un et l'autre cas, l'individu *dont l'existence n'est pas reconnue*, est formellement exclu ; la succession est dévolue exclusivement à ceux qui auraient eu le droit de concourir avec lui, ou qui l'auraient recueillie à son défaut

No. 478.—Le vrai sens de l'art. 136 est donc que, s'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un individu déclaré absent, ou *seulement présumé tel*, elle est dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou qui l'auraient recueillie à son défaut, à moins que son exis-

[ARTICLE 105.]

tence ne soit reconnue par eux ; car, alors, il serait représenté par un notaire, suivant l'art. 113.

No. 479. Ainsi, les héritiers présents ne peuvent méconnaître l'existence de celui qui a le droit de concourir avec eux ou de les exclure, s'il n'est pas dans le cas de l'absence *présumée*, c'est-à-dire, si son existence n'est pas devenue *incertaine* par défaut de nouvelles. Ils ne pourraient méconnaître l'existence de ceux que l'art. 840 qualifie de *non présents* ; d'où il résulte que le citoyen qui aurait envoyé une procuration, celui qui serait embarqué depuis un tems trop récent pour qu'on puisse concevoir des soupçons raisonnables sur son existence, conservent le droit de succéder, sans pouvoir être écartés des *successions* ouvertes depuis leur éloignement, sous prétexte qu'on ne reconnaît pas leur existence. Le code ne permet d'écarter que les *absens présumés*, parce que leur existence étant incertaine, il est permis de ne la pas reconnaître. Quant à ceux qui ne sont pas présumés absens, ils doivent être représentés par leurs *mandataires* ou par un notaire.

No. 480. Mais si les héritiers présents peuvent écarter les absens présumés, dont ils refusent de reconnaître l'existence, sont-ils dispensés des mesures conservatoires, prescrites par l'art. 819 du Code Civil, et par les art. 911 et suiv. du C. de procéd., tels que le scellé et l'inventaire ?

Trois arrêts rendus, l'un le 27 Mars 1808, (Sirey 1808, p. 193 ; 1809, p. 160), parla cour d'appel de Paris, l'autre le 20 Juillet 1808, par la cour d'appel de Bruxelles, le troisième le 9 Avril 1810, par la cour d'appel de Rennes, ont jugé l'affirmative, par le motif que la loi n'a prescrit aucune mesure pour la conservation des droits réservés à l'absent.

Ces décisions paraissent conformes à la lettre de l'art. 136, qui prononce contre l'absent une exclusion complète en faveur des présents. Il est vrai que l'art. 137 réserve l'action en pétition d'hérédité, et les autres droits qui compéteront à

[ARTICLE 105.]

l'absent, à ses représentans ou ayant-cause, pendant le délai de trente ans, établi pour la prescription. Ainsi, la dévolution prononcée par l'art. 136 n'est que provisoire, et seulement en attendant que l'absent se présente ; mais l'art. 137 n'ordonne de scellés, ni inventaire pour constater les forces de la succession, ni caution pour garantie de la restitution.

No. 481. On ne peut dissimuler qu'en ceci la loi a manqué de prévoyance. L'ancienne jurisprudence n'accordait la dévolution aux héritiers présens, qu'à la charge de faire inventaire et de donner caution. Cette mesure sage est aussi dans l'esprit du code....

Pourquoi donc les héritiers présens qui s'emparent d'une succession à l'exclusion de l'absent présumé, en vertu d'une dévolution qui n'est que provisoire, telle que celle qui est faite en faveur des enfans naturels, de l'époux survivant et de l'Etat, seraient-ils seuls dispensés de toute mesure conservatoire ? C'est une lacune qu'il faut remarquer, afin d'avertir le législateur de la réparer.

* 4 *Toullier, Liv. 3, } Il est vrai que les traités faits de
ch. 4, no. 287, p. 298. } bonne foi avec celui qui se trouvait
saisi de l'hérédité, et qui passait pour seul héritier, sont vali-
des, ainsi que les paiemens qui lui ont été faits, et ne peu-
vent être attaqués par un parent plus proche qui vient l'é-
vincer, ni par ceux qui se présentent pour partager la suc-
cession avec lui. Mais il n'en faut pas conclure que les alié-
nations d'immeubles, faites par celui qui est en possession de
l'hérédité, soient valables, et ne puissent en aucun cas être
attaquées : il existe une différence marquée entre ces deux
cas. Les traités, les liquidations, la recette des crédits, des
rentes, des fermages, le paiement des dettes, etc., sont des
actes d'une légitime et bonne administration, qui ne souf-
frent pas de délais, pour lesquels les personnes intéressées
ne peuvent s'adresser qu'à celui qu'elles trouvent en posses-*

[ARTICLE 105.]

sion de l'hérédité, et dont elles n'ont ni la faculté de contester la qualité, ni le pouvoir d'approfondir les droits : il était donc nécessaire de rendre irrévocables les actes d'administration passés avec lui.

Il en est tout autrement des ventes qu'il a faites ; ce ne sont plus des actes d'administration : rien ne forçait les acquéreurs d'acheter. S'ils avaient des soupçons sur la qualité du vendeur, il devaient s'abstenir ; s'ils n'en avaient point, s'ils étaient de bonne foi, il n'en est pas moins vrai que la propriété des immeubles vendus ne leur a pas été transférée par celui qui n'était pas propriétaire ; il n'a pu leur transmettre d'autres droits que ceux qu'il avait lui-même. Leur possession, restée sans titre valable, doit donc céder à la propriété légitime du véritable héritier, qui n'a pu être privé de son droit sans son fait.

Id., No. 289, } ...L'art. 136 autorise les parens du défunt
p. 306. } plus éloignés en degré que l'absent, à méconnaître son existence, et à s'emparer de la succession, sans aucunes formalités, sans inventaire, sans donner de sûretés. C'est une imprévoyance de la loi ; mais c'est une raison de plus pour conserver à l'absent les droits que donne contre les tiers-acquéreurs ou possesseurs des biens, le principe de la propriété. C'est aussi ce qu'a fait le code, en réservant, dans l'art. 137, tous les droits de l'absent, autres que l'action en pétition d'hérédité : " Sans préjudice, est-il dit, des actions en pétition d'hérédité, et d'autres droits : " expressions qui ne peuvent s'appliquer qu'aux droits de l'héritier absent *contre les tiers-possesseurs* ; car tous ses droits contre celui qui s'était emparé de la succession, sont compris dans les actions en pétition d'hérédité. Ainsi, loin de faire aucune exception au principe de la prescription, en faveur de celui qui acquiert de l'héritier *apparent*, le code a, au contraire, spécialement réservé les droits du véritable héritier absent. Il a donc celui d'évincer l'ac-

[ARTICLE 105.]

quéreur dont le titre et la bonne foi ne sont point soutenus par une possession paisible de dix ou vingt ans.

Quant à l'arrêt rendu par la cour de cassation, je ne rappellerai point ce que j'ai dit pour le combattre, tome VII, page 35 et suiv.

Id., No. 292, } ...Aucun héritier n'étant présent à qui remet-
p. 316. } tra-t-on les papiers ? A qui confier l'adminis-
tration des biens de la succession ? Qui fera les actes néces-
saires pour prévenir une prescription, ou l'insolvabilité d'un
créancier?... Il faudra nommer un curateur aux biens va-
cans, pour répondre à toutes les demandes formées contre la
succession, pour en exercer les actions. Cela nous paraît
évident.

* 7 *Toullier*, Liv. 3, Tit. 3, } Quant aux actes d'aliénation,
ch. 5, No. 31, p. 32. } de constitution d'hypothèque, de
servitudes, etc., faits par le propriétaire apparent, ils ne nu-
isent point au vrai propriétaire réintégré dans ses droits ;
ils sont résolus, ils s'évanouissent avec le droit de celui qui
les a faits, et qui n'a pu transférer à autrui plus de droits qu'il
n'en avait lui-même.

Ceux qui ont acquis ou reçu de lui s'en plaindraient injustement : ils n'étaient point dans la nécessité d'acquiescer. Avant de le faire, ils pouvaient, ils devaient s'assurer que leur vendeur était propriétaire légitime et incommutable. S'ils ont négligé de s'en assurer, s'ils ont trop légèrement suivi la foi de leur auteur, ils ne peuvent imputer qu'à eux-mêmes la perte qu'ils éprouvent par la réintégration du vrai propriétaire dans tous ses droits.

Cette importante distinction entre les actes de pure administration et les actes d'aliénation volontaire, faits par le possesseurs ou propriétaire putatif et apparent, nous paraît conforme à la raison, à l'ancienne jurisprudence, au texte et à l'esprit du Code.

[ARTICLE 105.]

Cependant la Cour de Caen jugea, le 21 Février 1814, que les ventes faites par l'héritier apparent, ne peuvent être attaquées par l'héritier véritable, ou par son cessionnaire, si les acquéreurs sont dans la bonne foi ; et le 3 Août 1815, la Cour de Cassation rejeta le pourvoi contre cet arrêt. (Sirey, an 1815, page 286).

Le grand préjugé qu'élève une autorité aussi imposante et aussi respectable, nous impose le devoir de soumettre la question à un examen approfondi. Rappelons d'abord les principes de la matière.

Le parent que la loi appelle à la succession, spécialement et en premier degré, étant, même à son insu, saisi de l'hérédité, est héritier, jusqu'à ce qu'il ait manifesté son intention de ne vouloir pas l'être.

Ainsi, toutes les actions actives et passives du défunt reposent sur sa tête. Sa renonciation ne se présume point, et après les trois mois quarante jours que la loi lui accorde pour délibérer, il peut être poursuivi par les créanciers, et condamné en qualité d'héritier.

S'il renonce pendant le cours de l'instance, il n'en supporte pas moins tous les frais de poursuite. C'est par sa renonciation seulement que la succession est dévolue au degré subséquent.

Néanmoins, si le parent du premier degré est absent, s'il ne se présente pas, les parens du degré subséquent peuvent, en vertu de la vocation générale de la loi, qui appelle successivement tous les parens du sang, les uns à défaut des autres, jusqu'au douzième degré inclusivement, se mettre en possession de la succession ; l'art. 136 les y autorise.

Mais alors ils ne sont point irrévocablement héritiers ; car la succession ne leur est dévolue que sous la condition légale, mais expresse, de la rendre, en cas de réclamation en temps utile, au parent plus proche, qui les exclut, ou de la

[ARTICLE 105.]

partager avec leur cohéritier, s'ils en ont un ; ou bien, comme dit l'art. 137, *sans préjudice des actions en pétition d'hérédité et des autres droits* de l'absent, qui ne s'éteindront que par le laps de temps établi pour la prescription.

Ces principes, fondés sur le texte du Code, ont été rappelés dans un arrêt de la Cour de Cassation du 11 frimaire au IX, rapporté dans les *Questions de droit*, Vo. *Héritier*, § 3.

Cet arrêt part du principe que le parent le plus éloigné est appelé par la loi, sous la *condition* de rendre.

C'est donc une maxime incontestable que le parent du degré le plus éloigné, qui se met en possession de l'hérédité, en l'absence du parent plus proche, n'est héritier que sous *condition*. Il est dans le cas d'un acquéreur de bonne foi qui a acheté à *non domino*, et qui est aussi propriétaire, sous la condition légale de rendre les biens acquis à l'ancien propriétaire, si celui-ci les réclame avant l'expiration du temps fixé pour la prescription.

Mais pendant que le véritable héritier ne se présente point, le parent plus éloigné, entré en possession de l'hérédité, est, aux yeux des tiers qui ont des droits à exercer sur les biens qui la composent, le représentant putatif du défunt et son héritier apparent.

Ils ne peuvent lui contester son droit, ni lui opposer qu'il existe un héritier plus proche qui l'exclut, puisque la loi l'autorise à en méconnaître l'existence (136) : ce serait d'ailleurs exciper du droit d'autrui. Ils le voient en possession ; cela suffit, puisque la loi le leur désigne pour légitime contradicteur de leurs prétentions.

Ainsi, tous les jugemens rendus pour ou contre lui, toutes les transactions ou traités passés avec lui, doivent avoir la même force, la même irrévocabilité que si le véritable héritier y avait été partie, sans quoi, la disposition qui permet

[ARTICLE 105.]

au parent plus éloigné de se mettre en possession, lorsque le plus proche garde le silence, ne serait qu'un piège tendu aux citoyens : la foi publique serait violée.

D'un autre côté, il est nécessaire, pour l'intérêt même des véritables héritiers, que l'héritier apparent puisse exercer les droits actifs de l'hérédité, qui pourraient s'éteindre par la prescription, poursuivre les créanciers qui pourraient devenir insolvables ; enfin, administrer les biens, sauf à rendre compte aux parens plus proches, qui viendraient en temps utile former la pétition d'hérédité.

Tels sont les motifs d'ordre et d'intérêt, tant public que particulier, qui ont fait établir la maxime que les paiemens faits à l'héritier apparent ou putatif sont valides ; que les véritables héritiers sont liés par les jugemens rendus contre lui, par les transactions ou traités passés avec lui.

Ils s'en plaindraient à tort : ils ont à s'imputer de ne s'être pas présentés plus tôt.

S'ils ignoraient l'ouverture de la succession, c'est une ignorance qui peut le plus souvent leur être imputée, et dont, en tout cas, les suites ne doivent retomber que sur eux, et non sur des tiers de bonne foi.

Ces motifs ne peuvent s'appliquer aux aliénations volontaires d'immeubles faites par l'héritier apparent. Ceux auxquels il vend ne sont point forcés d'acheter ; ils doivent s'assurer des droits et de la qualité de leur vendeur, qui ne peut leur transférer des droits plus étendus que ceux qu'il a lui-même : *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet. L. 54, ff. de reg. Jur.* Axiôme de raison éternelle, spécialement consacré par l'art. 2125 du Code, qui porte :

“ Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu *par une condition*, ou résoluble dans certains cas, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision. ”

[ARTICLE 105.]

Par l'art. 2182, qui porte : “ Le vendeur ne transmet à l'acquéreur que la propriété et les droits qu'il avait lui-même sur la chose vendue. ”

Or, il est certain que la succession n'est déférée au parent plus éloigné, dans le silence ou dans l'absence du véritable héritier, que sous la condition légale, mais expresse, de la rendre, si celui-ci la réclame en temps utile ; que, par conséquent, il n'a qu'un droit résoluble et conditionnel.

Ainsi, ces dispositions sont manifestement applicables aux ventes faites par l'héritier apparent.

Voici une décision encore plus précise :

L'article 136 porte que s'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue, elle sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut. Mais l'art. 137 ajoute :

“ Que c'est sans préjudice des actions en pétition d'hérédité, et d'autres droits, lesquels compéteront à l'absent, et ne s'éteindront que par le laps de temps établi pour la prescription. ”

On ne doit pas supposer de paroles inutiles dans la loi. Or, il est certain que l'action en pétition d'hérédité comprend généralement tous les droits réels et personnels que le véritable héritier peut exercer contre celui qui s'est mis en possession de l'hérédité. (V. Pothier, Propriété, N^o. 398 et suiv.)

Cependant, le code réserve d'autres droits au véritable héritier : ce sont donc les droits qu'il peut exercer contre des tiers, tels que la révocation des aliénations d'immeubles indûment faites, les hypothèques ou autres charges indûment créées pendant son absence ou son silence.

Cette réserve est d'autant plus sage, d'autant plus nécessaire, qu'on a reproché au Code, et avec raison, d'avoir négligé les intérêts de l'absent, en permettant au parent plus

[ARTICLE 105.]

éloigné de s'emparer de la succession sans inventaire, et sans donner aucune sûreté pour la restitution de l'hérédité (V. t. 1, Nos 480, 481) ; (*sus cités*)—en sorte qu'il peut dissiper tout le mobilier, perte irréparable pour les absens, s'il est insolvable. S'il avait, de plus, le pouvoir de vendre irrévocablement les immeubles, ce serait pour eux une nouvelle perte, que l'art. 137 a voulu prévenir, en réservant aux véritables héritiers, non-seulement la pétition d'hérédité, qui comprend tous les droits à exercer contre l'héritier apparent, mais encore *les autres droits* qui leur appartiennent, c'est-à-dire les droits contre les tiers, tels que la révocation des ventes, celle des hypothèques et autres charges indûment créées sur l'immeuble.

Ces raisons sont si fortes, les textes cités tellement précis, que l'on est étonné de voir que la cour de cassation s'en soit écartée, en maintenant une vente faite sans nécessité par l'héritier apparent, peu de temps après l'ouverture de la succession. Voici l'espèce :

Le 8 germinal an VIII mourut le sieur Fameson. La veuve Barberie se présenta pour héritière dans la ligne paternelle, et le sieur Dormont dans la maternelle. Ils firent inventaire, puis partagèrent la succession. Le sieur Dormont vendit ensuite une pièce de terre qui était entrée dans son partage. Trente mois après l'ouverture de la succession les sieurs Dugay et de Prepetil, parents plus proches, formèrent, contre le sieur Dormont, une pétition d'hérédité, qui fut accueillie par le tribunal d'Argentan.

Ils cédèrent leurs droits au sieur de Prepetil, notaire à Condé, qui revendiqua la pièce de terre vendue par Dormont.

Sa revendication, admise par les premiers juges, fut rejetée le 21 Février 1814, par la Cour de Caen, dont le motif principal et déterminant fut, *en droit*, qu'il est constant que, suivant l'ancienne jurisprudence, attestée par les auteurs normands, et puisée dans l'arrêt *Malandin*, celui qui a acquis de

[ARTICLE 105.]

l'héritier apparent doit être maintenu dans son acquisition, quand elle a été faite de bonne foi.

Prepétit se pourvut en cassation ; mais son pourvoi fut rejeté le 3 Août 1815, par le motif “ que l'arrêt dénoncé est fondé sur une *ancienne jurisprudence*, conforme au *droit romain*, et soutenu par les motifs les plus puissans d'ordre et d'intérêt public, qui se concilie avec les articles prétendus violés, 549, 724 et 1599 du Code civil, qui n'ont statué qu'en principe et règle générale. ”

L'arrêt est rapporté par Sirey, an 1815, page 286 et suivantes.

Examinons les motifs de cet arrêt :

On a toujours entendu, par le mot *jurisprudence*, dans le sens où il est ici employé, l'habitude de juger une question de la même manière, une suite de jugemens semblables, qui forment un usage. (*Leg. 38, ff. de leg., 1. 3.—Loisel, liv. 5, tit. 5, reg. 11*).

...Or, il n'existe qu'un seul arrêt sur la question que nous examinons. C'est celui que la Cour de Caen appelle l'arrêt Malandin. Il est rapporté en ces termes, dans la nouvelle édition de Basnage, sur l'art. 235 :

“ Un héritier présomptif a négligé de recueillir une succession dans le temps que la coutume lui accorde pour déli-bérer, et a laissé prendre la succession par un parent plus éloigné.

“ Si cet héritier revient, dans les quarante ans, recueillir cette succession, il ne peut plus révoquer les aliénations faites par le parent plus éloigné qui était en possession du bien de cette succession. Cela a été jugé le 19 Juin 1739, par un arrêt rendu en faveur du sieur Isaac Malandin, contre les sieurs Jean Lecontre et Pierre Blondel. ” C'est cet arrêt solitaire dont on ne voit ni l'espèce ni les motifs, qui fit dire à la Cour de Caen qu'en droit il était certain que, suivant l'an-

[ARTICLE 105.]

cienne jurisprudence attestée par les auteurs normands, et puisée dans l'arrêt *Malandin*, les ventes faites par l'héritier apparent doivent être maintenues au préjudice du véritable héritier.

Cependant, la jurisprudence qu'on essaie d'établir sur cet arrêt n'était pas connue du savant Basnage, le plus célèbre des auteurs normands : elle n'est donc pas ancienne....

Dans les autres parlemens, les auteurs enseignaient une doctrine contraire, et leur doctrine était fondée sur le texte même des coutumes.

Le Seigneur était alors appelé à la succession lorsqu'il ne se présentait point d'héritier du sang ; il était héritier apparent, sous la seule condition de rendre les biens, s'il se présentait des parens en temps utile. Cependant, s'il vendait les biens, le véritable héritier, qui s'était fait connaître, pouvait les revendiquer, quoique l'acquéreur fût de bonne foi.

L'art. 301 de la coutume de Poitou était précis sur ce point. Il ne mettait l'acquéreur à l'abri de la revendication que par la prescription de dix ou vingt ans. Voici une autorité directement applicable à la question que nous examinons. Lebrun, l'auteur français qui a le plus approfondi la matière des successions, après avoir dit que l'héritier bénéficiaire peut être exclu par un héritier pur et simple, ce qui n'a plus lieu aujourd'hui, enseigne que ce dernier peut rentrer dans les biens immeubles aliénés par le premier avant son exclusion, à moins que le prix n'en ait été employé à payer les créanciers.

Entre les raisons qu'en donne cet auteur, il soutient qu'un héritier bénéficiaire était exclu par un héritier pur et simple, en quelque façon, comme un héritier plus éloigné, qui se serait mis en possession, et qui, depuis, serait exclu par le plus proche héritier. Or, ajoute Lebrun (liv. 3, ch. 4, No. 57) “ *il est certain* que cet héritier plus éloigné n'aurait pu aliéner

[ARTICLE 105.]

pendant sa jouissance, au préjudice du plus proche héritier.' C'est aussi l'avis de Pothier, *Obligations*, no. 703. Lebrun reconnaît d'ailleurs dans l'héritier apparent, le pouvoir d'administrer et de transiger ; ce n'est que le pouvoir d'aliéner qu'il lui refuse. Remarquez même qu'il n'hésite point ; il ne pensait pas que la question pût être douteuse : *il est certain*. Concluons donc que cette longue suite d'arrêts exigée suivant Bouhier pour former une jurisprudence, n'a point existé sur le point que nous examinons ; et si elle avait existé nous dirions encore, avec Bouhier, qu'il faut changer cette jurisprudence vicieuse, surtout depuis la promulgation du Code, qui a si formellement consacré le principe que le vendeur ne peut transférer à l'acquéreur que la propriété et les droits qu'il a lui-même sur la chose vendue (2182) ; que ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble en certain cas, ne peuvent consentir que des droits également conditionnels ou résolubles (2125)....

Mais, dit-on, c'est le second motif qui a déterminé l'arrêt que nous examinons. La doctrine qu'il a suivie est conforme au *droit Romain*.

Cette assertion n'est appuyée par la citation d'aucune loi, et après les recherches les plus exactes nous n'avons trouvé, dans la législation romaine que des dispositions contraires.

D'abord, l'héritier est saisi de tous les biens de la succession, sous la condition de rendre ceux qui sont donnés à des légataires particuliers, s'il se présente.

Cependant s'il aliène les biens légués avant que les légataires se présentent, pour en demander la délivrance, la vente est nulle, et les légataires peuvent former l'action en revendication contre les tiers-acquéreurs. La loi 3, §§ 2 et 3, Cod. *Communia de legat.*, 46. 3, le décide formellement, et sa disposition était suivie en France. Arrêt du 12 Décembre 1701, rendu en l'audience de la grand'chambre. Maillart, sur art., 74 Coutume d'Artois).

[ARTICLE 105.]

Si la revendication des biens aliénés par le véritable héritier est accordée au légataire, à plus forte raison la revendication des biens vendus par l'héritier apparent doit être accordée au véritable héritier.

Il serait absurde de dire que sur deux ventes faites par l'héritier apparent, le légataire peut en faire annuler une, et que l'héritier véritable ne peut faire annuler l'autre.

On trouve dans le digeste, au titre *de hæred. vendita*, 18. 4, des textes qui décident que celui qui avait vendu l'hérédité qu'il croyait lui appartenir, était tenu de garantir l'acquéreur en cas d'éviction. (Voët, sur ce titre, no. 4.)

Il est donc certain que suivant le droit romain celui à qui l'héritier apparent avait vendu l'hérédité, pouvait être évincé par le véritable héritier.

C'est aussi ce qui s'observait en France, comme l'enseigne Duparc-Poullain. (8, p. 81 et 82, no. 4.)

Or, si l'acquéreur de l'hérédité, c'est-à-dire de tous les biens qui la composent, peut être évincé par le véritable héritier, l'acquéreur d'une partie des biens peut également l'être : la conséquence est nécessaire.

Il nous paraît donc prouvé que la doctrine adoptée par l'arrêt du 3 août 1815 n'est pas conforme au droit romain. Voyons si elle est soutenue par les motifs les plus puissans d'ordre et d'intérêt public. C'est le troisième considérant de l'arrêt que nous examinons.

Mais en quoi l'ordre public peut-il être troublé, lorsqu'un contrat d'acquêt, passé entre deux particuliers, est annulé ou rescindé ?

Comment le public peut-il être intéressé à ce que ce contrat soit maintenu plutôt qu'annulé ?

Certes, une pareille question n'est qu'une affaire d'intérêt privé, qui ne peut intéresser que deux particuliers, tout au

[ARTICLE 105.]

plus deux familles, et non pas le public. L'acquéreur qui a acquis à *non domino* ou du propriétaire conditionnel, peut sans doute être lésé par la rescision du contrat, si le vendeur est insolvable ; mais le véritable héritier, l'héritier absent, que la loi doit spécialement protéger, sera lésé si le contrat est maintenu.

Or, de quel côté doit pencher la balance de la justice ? Ce n'est pas du côté de celui qui, n'étant point forcé d'acquérir, devait s'assurer de la qualité et des droits de son vendeur ; de celui qui peut-être a secrètement participé à frauder les droits de l'absent ; de celui sur qui seul, s'il était de bonne foi, doivent retomber les suites de son ignorance ; mais du côté de celui que l'absence a empêché d'exercer plus tôt les droits que la loi lui déférait ; du côté de celui à qui elle doit une protection d'autant plus spéciale, qu'elle a permis à l'héritier plus éloigné de méconnaître l'existence de l'absent, et de s'emparer des biens sans formalité et sans donner de sûretés ; du côté de celui qui invoque la loi sacrée de la propriété, suivant laquelle le vendeur ne peut transmettre à l'acquéreur des droits plus étendus que les siens, que des droits conditionnels ou résolubles, s'il n'en avait pas d'autres (2125 et 2182).

Il est vrai que ces articles, n'ont, comme dit le dernier considérant de l'arrêt, *statué qu'en principe et règle générale*.

Mais les juges ont-ils le droit de suppléer des exceptions qui n'existent point dans la loi ? Les règles générales ont été érigées en loi, afin que les conséquences directes qui en dérivent deviennent la règle de conduite des tribunaux.

Si chaque tribunal se permet de rejeter ces conséquences, et d'introduire une exception, tantôt sur un motif, tantôt sur un autre, les exceptions seront bientôt plus nombreuses que les applications de la règle....

Alors, à quel cas pourrez-vous appliquer la règle établie par les art. 2125 et 2182 ?

[ARTICLE 105.]

La loi a fait tout ce que la justice peut faire en faveur de la bonne foi, couvrant l'acquéreur de l'égide de la prescription de dix ans. Le juge qui fait plus excède ses pouvoirs.

* 10 *Touillier, No 3.* } On demande si le véritable héritier peut revendiquer, contre les tiers-acquéreurs de bonne foi, les immeubles aliénés par l'héritier putatif ou apparent, qui s'était mis de bonne foi en possession de l'hérédité, dans l'absence du premier, dont il ignorait l'existence et les droits.

Aucune loi française ne la décide positivement. On allègue, pour la négative, la faveur ou la protection due aux tiers qui ont acquis de bonne foi de celui à qui la succession paraissait dévolue, et qu'on regardait publiquement comme le véritable héritier.

On allègue encore la bonne foi de l'héritier apparent, à qui la loi déclarait que la succession lui était dévolue, et qui peut-être ignorait l'existence d'un héritier plus proche, appelé en concurrence avec lui. Mais, suivant un principe aussi ancien que l'établissement de la propriété permanente, rappelé et consacré dans les art. 2125 et 2182 du code, la propriété d'autrui ne peut être transférée sans le fait du propriétaire ; et ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit résoluble, ne peuvent transmettre qu'un droit également résoluble.

Or, suivant un autre principe également très-ancien, également consacré par le Code, art. 724, le véritable héritier est saisi de plein droit, et propriétaire des biens, droits et actions du défunt, dès le moment de son décès.

L'héritier putatif, même de bonne foi, n'a qu'un droit résoluble par la présence du véritable héritier : il n'a donc pu transférer à ses acquéreurs qu'un droit également résoluble. La conséquence est nécessaire et la démonstration parfaite, à moins qu'il n'existe une exception au principe en faveur de l'héritier apparent.

Or, loin de faire exception, le Code, qui, dans l'art. 136, dit

[ARTICLE 105]

que s'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue, elle est dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut, réserve expressément au premier, dans l'art. 137, la pétition d'hérédité par laquelle est résolu le droit de l'héritier apparent. Le droit qu'il avait conféré à ses acquéreurs est donc également résolu, par une conséquence nécessaire du principe consacré dans l'art. 2125, que celui qui n'a sur des immeubles qu'un droit résoluble en certains cas, ne peut conférer que des droits soumis à la même résolution.

* *Biret, Absence, ch. 15, pp.* } ...L'ancienne jurisprudence
287-289. } voulait que celui qui avait intérêt à faire réputer un absent mort fût tenu de justifier de son décès. Cette règle donnait alors le droit aux créanciers d'être admis à recueillir ou à partager la succession, jusqu'à ce que la mort de leur débiteur fût prouvée.

“ S'il échoit à l'absent quelques droits utiles, disait Denisart, on admet aussi ses créanciers à les recueillir jusqu'à concurrence de leur dû, en donnant caution de restituer au cas que, par la suite, on découvre que leur débiteur était décédé...” Ces principes viennent d'être affermis par arrêt du 23 août 1749. ”

On ne peut plus raisonner ainsi ; car les nouvelles règles de l'absence n'admettent ni le créancier ni l'héritier à recueillir une succession échue à l'absent, à moins que la preuve de son existence soit rapportée...

En général, ne peut-on pas dire, comme dans l'ancienne jurisprudence, que si des tiers réclament des droits qui sont de nature à ne pouvoir s'exercer qu'à la mort de l'absent, ils doivent être réputés non recevables jusqu'à ce qu'ils aient prouvé cette mort ? Nous le pensons ainsi.

[ARTICLE 105]

Lahaie, sur art. 136, } ...Favard, v. absence, sec. 3, § 2, n° 2.—

C. N., p. 44. } Le sens de l'article qui a été l'objet
de diverses interprétations paraît fort clair. Il renferme les deux cas dans lesquels peut se trouver l'absent : ou il a des cosuccessibles, ou il est seul de son degré. Dans le premier cas, la succession est recueillie *exclusivement par ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir* ; expressions qui excluent positivement le droit de représentation que pourraient réclamer les héritiers de l'absent ; car s'il pouvait y avoir représentation, il ne serait pas vrai de dire que la succession est *exclusivement* dévolue à ceux qui auraient été appelés à concourir avec lui. D'ailleurs, on ne représente que les personnes défuntés (art. 774) ; et l'absent n'est pas même présumé mort. Si, au contraire, l'absent est seul appelé à recueillir l'hérédité, il y a, comme le disent les derniers mots de l'article, dévolution au degré subséquent. Les héritiers de ce degré succèdent alors *ipso jure*, et non par droit de représentation.

Rolland de Villargues, v. absent, n. 304.—Notez ces expressions : dont l'existence n'est pas reconnue. Elles ont été substituées, lors de la discussion de la loi, au mot *absent* qui se trouvait dans le projet ; et cela pour exprimer, même dans le cas où l'absence du cohéritier ne serait que *présumée* et où elle ne serait pas déclarée.

Duranton, t. 1, n. 535.—On doit regarder comme un individu dont l'existence n'est pas reconnue, dans le sens de l'art. 136, celui qui a disparu sans qu'on ait de ses nouvelles, dont on ignore la résidence et qui n'a point fait connaître les motifs de son absence : à son égard on doit moins s'attacher à la durée de la disparition qu'à ses caractères.

A Dalloz, absence, n. 143.—Cet article donne lieu à une question importante qui divise les auteurs :

Les enfants de l'absent succèdent-ils à son défaut dans la succession de leur oncle, concurremment avec un frère du

[ARTICLE 105.]

défunt ? Non, d'après *Proudhon*, cours de droit français, p. 192 ; *Locré*, t. 2, p. 506 ; *Favard*, Rép., v. absent, p. 23—Oui, d'après *Merlin*, Rép., t. 16, p. 45 ; *Delvincourt*, not. 547 ; *Dalloz*, t. 1, p. 35 ; *Villemartin*, t. 2, p. 134, n° 5.—Voir *Toullier*, n. 478 ; *Duranton*, n. 536.

Si le fils de l'absent eût lui-même laissé des enfans, le frère présent les exclurait-il ? non. (*Sirey*, 12, 2e part., p. 292).

Merlin, Questions, vo. } 1°. Les débiteurs d'une succession qui
Héritier, § III, p. 6. } ont payé de bonne foi entre les mains de l'héritier putatif, sont-ils valablement libérés et à l'abri de toute poursuites de la part de l'héritier véritable, lorsqu'il se présente ?

L'affirmative, qui était enseignée dans l'ancienne jurisprudence par le président Favre, dans son Code, liv. 6, tit. 36, défin. 15 ; par Voët, sur le digeste, tit. *de Solutionibus*, no. 5, et par une foule d'autres jurisconsultes, est aujourd'hui la conséquence nécessaire de l'art. 1240 du Code Civil, aux termes duquel " le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance, est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé. "

2°. Les jugemens qui ont été rendus contre l'héritier putatif, et qui sont passés, à son égard, en force de chose jugée, perdent-ils leur autorité par l'apparition subséquente du véritable héritier, ou bien celui-ci sera-t-il forcé de s'y tenir, comme s'ils avaient été rendus contre lui-même ?

Écoutez *Cochin*, tôme 4, p. 326. " Ce qui est jugé avec le seul héritier apparent, est irrévocable ; parce que ce n'est point aux créanciers à aller rechercher des héritiers qui n'agissent point, et dont le droit peut être très-incertain. Cette question se présente tous les jours à l'égard des héritiers collatéraux, relativement aux droits d'un tiers : elle vient d'être jugée nouvellement dans cette espèce : La maréchale de Créquy, morte en 1713, avait fait son légataire universel le marquis du Plessis-Bellière, son petit neveu ; il demanda la dé-

[ARTICLE 105.]

livrance de son legs contre la demoiselle sa sœur, et l'obtint par une sentence de la même année, en vertu de laquelle il a joui tranquillement; il est mort, laissant deux enfans mineurs qui ont joui comme lui. Enfin, les enfans étant décédés, la marquise de Cœtanfo, leur tante, femme du marquis du Plessis-Bellièvre, leur a succédé.

En cet état, des cousins-germains de madame la maréchale de Créquy, qui étaient au même degré de parenté que le petit-neveu et la petite-nièce, se sont présentés en 1736, et ont demandé le partage de la succession, avec restitution des fruits perçus, depuis vingt-trois ans, par le légataire universel. Leur moyen était qu'étant héritiers, il fallait obtenir la sentence de délivrance contre eux; qu'ils étaient saisis par la loi, et que les fruits leur en appartenaient. La réponse de la marquise de Cœtanfo a été que son frère s'était adressé à la seule héritière qui eût paru, qu'il n'avait point été obligé de rechercher des héritiers collatéraux qui ne s'étaient point présentés à l'ouverture de la succession; et sur ce fondement, en donnant acte à la maréchale de Cœtanfo, de ce qu'elle reconnaissait les demandeurs pour héritiers, elle a été déchargée de leur demande. *Il est donc de principe constant que ce qui a été jugé avec le seul héritier apparent, est également jugé contre tous les autres.*"

Id., p. 8.-3°. Les partages extrajudiciaires, les transactions, les arrêtés de compte et les autres actes du même genre faits entre l'héritier putatif et les tiers qui avaient de justes sujets de croire à la qualité qu'il s'attribuait, conservent-ils leur effet contre l'héritier véritable qui vient ensuite l'évincer?

Ici s'applique encore, dans toute sa force, la raison pour laquelle les débiteurs de la succession sont irrévocablement libérés par les paiemens qu'ils font de bonne foi, entre les mains de l'héritier putatif, pendant l'abstention du véritable héritier. En effet, pour que ces paiemens puissent être opposés au véritable héritier, lorsqu'il se présente, il n'est pas

[ARTICLE 105.]

nécessaire qu'ils aient été ordonnés par des jugemens ; il suffit qu'ils eussent pu et dû l'être, s'ils n'avaient pas été faits de bonne grâce. Qu'importe donc que l'autorité de la justice ne soit pas intervenue dans les partages, dans les transactions, dans les arrêtés de compte et dans les autres traités du même genre qui ont eu lieu entre des tiers de bonne foi et l'héritier putatif ? Il n'en est pas moins vrai que ces actes n'ont eu lieu que pour prévenir ou arrêter des poursuites judiciaires, des procédures dispendieuses, et que la justice aurait pu ordonner ce qui a été fait par ces actes.

C'est ainsi au surplus que l'a jugé un arrêt du parlement de Paris du 19 Février 1782, rapporté dans le *Rép. de jur.* au mot Succession, sec. 1, §. 5, n° 2.

Consultez Merlin, Questions, Vo. héritier, cité sous art. 101.

* 2 *Demolombe*, } En ce qui concerne l'ancienne juris-
No. 243, p. 289-290. } prudence française, il paraît vrai de reconnaître que la question des aliénations faites par l'héritier apparent n'y avait pas reçu de solution uniforme et certaine, soit par les arrêts, soit par les auteurs. Plusieurs décisions judiciaires sont, il est vrai, invoquées par les partisans de la validité des ventes : l'arrêt Malandin du 17 Juin 1739 du parlement de Normandie. (Flaust, t. 1, p. 10-13 ; Merlin. Quest. de droit, t. VIII, supplément, Vo. héritier, p. 325-328) ; l'arrêt du Parlement de Paris du 17 Juin 1744 ; quelques arrêts du Parlement de Toulouse. (Merlin, loc. cit., p. 330-332).

Il est vrai encore que Denizart (Vo. héritier, § 2. No. 16, enseigne positivement qu'il faut maintenir " tous les actes soit d'administration, soit d'aliénation, passés par le parent éloigné en qualité d'héritier, pendant que le parent plus proche ne s'est pas présenté pour réclamer son droit. "

Mais, d'une part, les faits sur lesquels les anciens arrêts ont été rendus ne sont pas toujours très-nettement rapportés ; et aujourd'hui-même encore chacun prétend les poser à sa ma-

[ARTICLE 106.]

nière. (Toullier, t. VII, n° 31, p. 41.—Troplong, *de la vente*, t. 11, n° 960, p. 562, note 3).

D'autre part, des jurisconsultes d'un grand crédit, tels par exemple que Lebrun (des *successions*, liv. III, ch. IV, n° 57), écrivaient aussi autrefois " que l'héritier plus éloigné ne pourrait aliéner pendant sa jouissance au préjudice du plus proche héritier, et que cela est certain."

J'ai seulement voulu, par cette rapide esquisse prouver que, dans l'état de controverse et d'incertitude où se trouvait encore la question sous l'empire de la législation antérieure, c'était surtout au droit nouveau et aux textes du Code civil qu'il fallait maintenant en demander la solution.

Mais hélas ! le combat n'est pas moins vif ni la confusion, j'ose le dire, moins grande aujourd'hui que dans l'ancien droit !—(*Consultez* : No. 244 suiv.)

* *C. N.*, 136. } S'il s'ouvre une succession, à laquelle soit ap-
 pelé un individu dont l'existence n'est pas re-
 connue elle sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels
 il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient re-
 cueillie à son défaut.

106. Les dispositions des deux articles précé- dents ont lieu sans préju- dice des actions en répé- tition d'hérédité et d'au- tres droits, lesquelles com- pètent à l'absent ou à ses héritiers et représentants légaux, et ne s'éteignent que par le laps de temps établi pour la prescrip- tion.	106. The provisions of the two preceding articles do not affect actions for the recovery of inheritan- ces and of other rights, which actions belong to the absentee, his heirs and legal representatives, and are only extinguished by the lapse of time required for prescription.
--	---

[ARTICLE 107.]

* *C. N.*, 137. } Les dispositions des deux articles précédens,
 } auront lieu, sans préjudice des actions en pé-
 titution d'hérédité et d'autres droits, lesquels compéteront à l'ab-
 sent ou à ses représentans, et ayant-cause, et ne s'éteindront
 que par le laps de temps établi pour la prescription.

* 3 *Pandectes Frs.*, } La règle posée par cet article est de
 p. 60 *sur art. 137, C. N.* } toute justice. Elle est toujours fondée
 sur le même principe de l'incertitude de la vie, ou de la
 mort de l'absent. S'il reparait, il peut réclamer la succession,
 ou les autres droits qui lui sont échus. Ses enfans, descen-
 dans ou représentans, peuvent les réclamer de son chef, en
 rapportant la preuve de sa mort, avant l'échéance de ces
 droits. Cette action est soumise, comme toutes les autres, à
 la prescription, sur laquelle il faut suivre, quant aux cas qui
 peuvent l'interrompre, les règles de cette matière, que nous
 expliquerons, sur le titre des prescriptions.

V. aussi les autorités sous les articles précédens.

107. Tant que l'absent ne se représente pas, ou que les actions ne sont point exercées de son chef, ceux qui ont recueilli la succession gagnent les fruits par eux perçus de bonne foi.	107. So long as the ab- sentee does not reappear, or actions are not brought on his behalf, those to whom the succession has devolved make the profits received by them in good faith their own.
---	---

* *C. N.*, 138. } Tant que l'absent ne se représentera pas, ou
 } que les actions ne seront point exercées de
 son chef, ceux qui auront recueilli la succession, gagneront
 les fruits, par eux perçus de bonne foi.

[ARTICLE 107.]

* 1 *Merlin, Rép.*, } Cette disposition (*C. N. art. 138*) est fon-
Vo. absent, p. 94. } dée sur un principe écrit en toutes lettres
dans l'art. 549, savoir, que le possesseur de bonne foi fait les
fruits siens.

Ce principe général n'était admis dans la législation romaine, relativement aux fruits des successions, qu'avec des modifications, mais la jurisprudence française l'avait consacré dans toute sa latitude naturelle ; et de là, la conséquence que la disposition de l'art. 138 est applicable aux successions ouvertes avant le Code civil.

C'est ce qu'a jugé un arrêt de la Cour royale d'Angers du 26 Avril 1819, que la cour de cassation a maintenu le trois Avril 1821, au mot *légitimé*, sect. 3, No. 3.

* *Pothier, Propriété*, no. } Dans cette matière de pétition
395-396, p. 498. } d'hérédité, on appelle possesseurs
de bonne foi, ceux qui se sont mis en possession des biens d'une
succession qu'ils croient de bonne foi leur appartenir. C'est
la notion qu'en donnent ces termes de la constitution d'Adrien,
qui se hæredes existimunt ; L. 20. §, 6, ff. *de petit. hæred.*

Par exemple, une personne instituée héritière par le testament d'un défunt, dans les provinces, où l'institution d'héritier est admise, s'est mise en possession en vertu de ce testament des biens de ce défunt n'ayant pas de connaissance que le testateur eût révoqué le testament par un autre qui a paru depuis ; c'est un possesseur de bonne foi.

Un parent s'est mis en possession des biens de la succession de son parent, croyant être en degré de lui succéder, quoiqu'il y eût une autre personne qu'il ne connaissait pas, qui était dans un degré plus proche que lui ; c'est un possesseur de bonne foi.

Au contraire, on appelle un possesseur de mauvaise foi, ou *prædo*, celui qui s'est mis en possession des biens d'une succession qu'il savait ne lui pas appartenir. C'est la notion

[ARTICLE 107.]

qu'en donne la constitution d'Hadrien, par ces termes : *Qu; bona invasissent cùm scirent ad se non pertinere*, D. L. 20, § 6.

Quid, s'il croyait à la vérité que la succession lui appartenait, mais par erreur de droit, il ne laisse pas d'être possesseur de bonne foi ; *scire ad se non pertinere*, dit Ulpien, en expliquant l'édit d'Hadrien, *utrùm is tantummodò videtur, qui factum scit, an is qui in jure erravit ? Putavit enim rectè factum testamentum quod inutile erat... non puto hunc esse prædonem qui dolo caret, quamvis in jure erret* ; L. 25, §, 6, ff. a. lit.

[396.] Que doit-on prétendre à l'égard de celui qui croyait de bonne foi que la succession lui appartenait lorsqu'il s'est mis en possession des biens, mais à qui depuis la connaissance est survenue qu'elle ne lui appartenait pas ? Ulpien décide qu'en suivant l'esprit plutôt que la lettre de la constitution d'Hadrien, il est par cette connaissance qui lui est survenue, devenu possesseur de mauvaise foi : *De eo loquitur Senatus qui ab initio mente prædonis res hæreditarias apprehendit. Quod si ab initio quidem justam causam habuit adipiscendæ possessionis, postea verò conscius ad se nihil hæreditatem pertinere, prædonis more versari cœpit, nihil Senatus loqui videtur : puto tamen et ad eum mentem Senatûs-consulti pertinere, parvi enim refert ab initio quis dolosè in hæreditate sit versatus, an postea hoc facere cœpit* ; D. L. 25, § 5.

* 1 *Delvincourt*, No. 3 de la page 50, } *Quid*, si l'on vient à
ou p. 88 des notes. } découvrir qu'il y a fraude ; par exemple, que les poursuivants la déclaration d'absence ou l'envoi en possession, connaissaient l'existence de l'absent ? Je pense que, d'après la maxime, *nemo ex improbitate suâ debet consequi emolumentum*, ils ne pourront réclamer le bénéfice de la disposition qui leur adjuge une portion des fruits. Mais l'on sent que cette décision ne peut recevoir d'application, qu'autant que l'absent revient, ou qu'il est prouvé qu'il existait encore à une époque où les envoyés

[ARTICLE 107.]

en possession se trouvaient ne plus être ses héritiers présomptifs.

Idem, No. 9 de la page 54, } *S'il les ont perçus de bonne foi*
 } *ou p. 110 des notes.* } c'est-à-dire, si au moment où ils
 les ont perçus, ils ignoraient l'existence de l'absent. C'était
 l'opinion de Pothier, contre la disposition du droit romain,
 d'après laquelle *fructus augebant hereditatem*, et devaient tou-
 jours, en conséquence, être restitués par le possesseur, avec
 cette différence cependant que le possesseur de bonne foi n'é-
 tait tenu que de ceux qu'il avait effectivement perçus, et en-
 core *quatenus locupletior factus fuerat*, tandis que le posses-
 seur de mauvaise foi était tenu indéfiniment, même de ceux
 qu'il aurait pu percevoir, quoiqu'il ne les eût pas réellement
 perçus (L. 40, § 1, ff. de hered. pet.) La disposition relative
 au possesseur de mauvaise foi a été conservée dans notre
 droit. Il y a en outre cette différence que le possesseur de
 bonne foi n'est tenu d'aucunes dégradations ou détériorations,
 même de celles arrivées par son fait, *quia rem quasi suam ne-*
glexit. Le possesseur de mauvaise foi est tenu de toutes les
 pertes, excepté de celles qui sont arrivées par cas purement
 fortuit. (L. 31, § 3, eod).

En second lieu, le possesseur de bonne foi qui a vendu les
 choses héréditaires, n'est tenu que de rendre le prix qu'il a
 reçu, ou de céder les actions qu'il a contre l'acheteur ; le
 possesseur de mauvaise foi est tenu de rendre la valeur réel-
 le de la chose, avec dommages-intérêts. (L. 20 § ult. eod).

Observez que la bonne foi se présume toujours, et que c'est
 à celui qui allègue la mauvaise foi, à la prouver, (art. 2268.)

V. *Pandectes Frs.*, p. 60, citées sous l'article 106.

1 *Malleville, sur art.* } *Perçus de bonne foi.*—D'après ces ter-
 138, C. N., p. 137. } mes, s'il était prouvé que ceux qui ont
 recueilli les successions, dont tout ou partie devait revenir à

[ARTICLE 108.]

l'absent, étaient instruits de son existence, ils seraient tenus de la disposition des fruits ; et cela est conforme à la disposition de l'art. 550.

CHAPITRE QUATRIÈME.

DES EFFETS DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AU MARIAGE.

108. Les présomptions de décès fondées sur l'absence, quelle qu'en soit la durée, ne sont pas applicables au cas du mariage ; l'époux de l'absent ne peut jamais en contracter un nouveau sans rapporter la preuve certaine du décès de son époux absent.

CHAPTER FOURTH.

OF THE EFFECTS OF ABSENCE IN RELATION TO MARRIAGE.

108. The presumptions of death arising from absence, whatever be its duration, do not apply in the case of marriage ; the husband or wife of the absentee cannot marry again without producing positive proof of the death of such absentee.

* *Biret, Absence, ch.* } ...Si l'absent a laissé un époux, le
1, p. 30. } lien qui les unit est invariablement respecté pendant tout le cours de l'absence, quel qu'il soit. Les évènements les plus extraordinaires qui puissent arriver pendant la séparation la plus longue, sont impuissans pour porter atteinte à l'indissolubilité du mariage. La centième année de l'existence de l'absent n'opère pas plus d'effet ; et la mort seule de l'un des époux dissout le mariage. *Vinculum matrimonii indissolubile est ; atque adeo solâ morte unius è conjungibus potest dissolvi.*

Id., ch. 10, sec., 3, p. 216.—Il est reconnu, depuis des siècles, que les effets de l'absence ne portent aucune atteinte à l'indissolubilité du mariage ; et, malgré les bouleversement étranges dont la France a été le théâtre pendant quelques années, ce principesacré est sorti triomphant des atteinte que le divorce a pu lui porter parmi nous.

Il faut le dire cependant, la législation romaine ne fut pas

[ARTICLE 108]

toujours uniforme sur ce point. La loi 7, *Cod. de repudiis*, permettait à la femme dont le mari avait été absent pendant plusieurs années, sans que l'on en reçût de nouvelles, de passer à un second mariage. Mais l'empereur Justinien, par sa nouvelle 117, chapitre 2, fit cesser une tolérance souvent funeste aux enfans, à des tiers, et aux époux eux-mêmes. Il défendit expressément aux femmes de se remarier pendant l'absence de leurs maris, quelque longue qu'elle fût, et quoi-qu'elles n'eussent pas reçu de leurs nouvelles.

Cette nouvelle fut plus loin ; elle interdit un second mariage aux femmes qui, ayant reçu des nouvelles de la mort de leurs maris, ne justifiaient pas de ce décès par un acte en forme ; encore ce nouveau mariage ne pouvait se former qu'après l'année écoulée de la date de la mort. (Voyez l'authentique *Hodiè* inséré dans le code après la loi 7 *De repudiis*)

On trouve les mêmes dispositions dans le droit canonique, qui n'a égard ni à la longue durée de l'absence, ni à l'âge des époux, ni à leur condition pour les autoriser à se remarier avant la preuve de la mort de l'époux absent

Le chapitre *in præsentia* 19, *extra de sponsalib., et matrim.*, contient une réponse mémorable de Clément III à la demande de plusieurs femmes qui, après sept années d'absence de leurs maris, désiraient en épouser d'autres. La voici : *Quamvis, pro juvenili ætate et fragilitate carnis nequeant continere, tamen quantocumque annorum numero elapso, viventibus maritis, non possunt ad aliorum consortium convolare, donec certum nuntium receperint de ipsorum morte.*

Telle était la jurisprudence suivie jadis en France ; et nous pourrions rapporter de nombreux arrêts qui ont décidé que la dissolution du mariage ne s'opérait que par la mort naturelle ou civile, et non par les effets de l'absence. Mais ces arrêts étant connus de tous les jurisconsultes, il suffit de citer les plus notables, c'est-à-dire ceux du 15 Mars 1674, 12 Juillet 1691, 16 Mai 1727, 12 Juillet 1733, 9 Décembre 1757,

[ARTICLE 108.]

et 20 Janvier 1763, rapportés dans plusieurs recueils. Ces arrêts, au reste, n'étaient que l'expression de la règle : *vinculum matrimonii indissolubile est, atque adeo solâ morte unius è conjungibus potest dissolvi.*

“ Suivant une jurisprudence presque universelle, disait l'orateur du gouvernement, en exposant les motifs de la loi, la présomption résultant de l'absence la plus longue et de l'âge le plus avancé, fût-il même de cent ans, n'est point admise, comme pouvant suppléer à la preuve du décès de l'un des époux. Le plus important de tous les contrats ne saurait dépendre d'une simple présomption, soit pour déclarer anéanti celui qui aurait été formé, soit pour en former un nouveau qui ne serait, au retour de l'époux absent, qu'un objet de scandale et de troubles. Si l'époux d'un absent était contrevenu à des règles aussi certaines ; s'il avait formé de nouveaux liens sans avoir rapporté la preuve que les premiers n'existaient plus, ce mariage serait nul ; et l'absent qui paraîtrait conserverait seul le droit d'un hymen légitime. ”

[P. 221.] Si un second mariage était contracté pendant l'existence du premier époux absent, celui-ci serait seul recevable à en poursuivre la nullité, soit par lui-même, soit par son fondé de pouvoirs, muni de la preuve de son existence (C. N. art. 139).

[P. 222.] Le sort des enfans du dernier mariage est réglé par la bonne foi des époux, ou de l'un d'eux ; car il est possible que la personne avec laquelle l'époux de l'absent contracte, ignore que cet absent existe ; et il est tout aussi possible que cet époux présent ait été induit en erreur par des pièces fausses ou erronnées. Dans l'un ou l'autre cas, il n'y a ni dol, ni fraude. Alors les effets du second mariage sont assurés aux enfans qui en sont issus. (C. N., arts. 201 et 202).

* 2 Demolombe, } Quant au mariage, Pothier, si scrupuleux
Liv. 1, tit. 4, No. 7 } pourtant, pensait que la présomption de mort,

[ARTICLE 108.]

qui résulte de l'expiration d'un siècle depuis la naissance de l'absent, pouvait autoriser l'époux présent à se remarier (du contrat de mariage, n° 106); mais la grande majorité des auteurs refusait d'appliquer cette présomption au mariage, et n'admettait le conjoint présent à se remarier qu'autant qu'il prouvait la mort de l'absent.

[No. 260.] Ce qui caractérise l'absence, c'est une incertitude plus ou moins grande, suivant sa durée, mais qui ne cesse jamais absolument entre l'existence et le décès de l'absent.

Or, le mariage n'est dissous que par la mort naturelle ou civile de l'un des époux, par la mort prouvée, bien entendu (art. 25, 227) ;

Donc il n'est jamais dissous par l'état d'absence, qui suppose précisément que cette preuve n'est pas fournie ; donc l'époux présent ne peut contracter un nouveau mariage (art. 147), si longue qu'ait été l'absence, même après la période de l'envoi définitif, même lorsque l'époux absent aurait atteint sa centième année. L'art. du projet qui autorisait le second mariage du conjoint présent, dans le cas où l'absent était centenaire, a été positivement repoussé (de Moly, No. 511 ; Zacharie, t. 1, p. 315).

Des vraisemblances, des probabilités, si puissantes qu'on les suppose, ne pouvaient pas en effet suffire pour opérer la rupture d'un tel lien ; et quelque fâcheuse que puisse être la position de l'époux présent ainsi retenu dans une sorte de veuvage indéfini, le bon ordre, la morale publique, c'est-à-dire l'intérêt suprême de la société, s'opposaient à une dissolution qui n'aurait pu être que définitive, et qui par cela même aurait pu devenir la source d'erreurs et de scandales déplorables, et même, entre les époux, un moyen de divorce purement volontaire. Aussi ces principes ont-ils toujours été suivis.

[ARTICLE 108]

* *De Moly, Absence,* } En France on n'a jamais pu contrac-
 No. 510. } ter un second mariage avant la dissolu-
 tion du premier. La mort est la cause la plus absolue de
 cette dissolution. Pouvait-on se contenter des probabilités de
 la mort, pour dissoudre le mariage ? Une jurisprudence, à
 peu près universelle, avait décidé que la présomption de
 mort, résultant de l'absence la plus longue et de l'âge le plus
 avancé, ne pouvait, lorsqu'il s'agissait de la dissolution du
 mariage, suppléer la preuve certaine du décès du conjoint
 absent.

[No. 511.] La commission s'était écartée de cette jurispru-
 dence, et elle avait proposé d'autoriser l'époux présent à se
 remarier, lorsque son conjoint absent aurait atteint sa centième
 année. Voici comment elle avait rédigé l'article qu'elle
 destinait à régler ce point : “ L'absence de l'un des époux,
 sans que l'on ait reçu de ses nouvelles, ne suffit point pour
 autoriser l'autre à contracter un nouveau mariage ; il n'y
 peut être admis que sur la preuve positive du décès de l'autre
 époux, à moins que l'absent ne soit parvenu à l'âge de
 cent ans accomplis. ” Plusieurs Cours s'élevèrent contre
 cette disposition, qui a été écartée lors de la discussion au
 conseil d'Etat. Il n'a même pas paru nécessaire de conser-
 ver la première partie de la rédaction proposée par la com-
 mission. Les principes, sur cette matière, étaient en effet
 tellement constants qu'il était inutile de dire qu'ils auraient
 aussi leur application aux cas d'absence. On a d'ailleurs
 jugé que leur place naturelle était au titre du mariage, où
 ils ont été écrits dans les articles 147 et 227, et d'où ils étendent
 leur influence sur tous les cas relatifs aux seconds ma-
 riages.

* 1 *Zachariæ,* } 159.—Quelque longue que soit l'absence de
 p. 315. } l'un des époux, et dût-elle se prolonger au-
 delà de cent ans depuis sa naissance, elle n'a jamais pour
 effet de dissoudre le mariage.

[ARTICLE 108.]

* 3 *D'Aguesseau*, p. 11, } Nous nous renfermerons unique-
 28e. *plaidoyer*. } ment dans l'examen de la véritable
 question de cette cause, qui consiste à savoir si la partie de
 Me. de Rets était libre lorsqu'elle s'est engagée solennelle-
 ment avec l'appelant.

Quoique les principes du droit civil et canonique soient assez certains dans cette matière, nous croyons néanmoins qu'il est nécessaire de les reprendre en peu de mots, avant que d'entrer dans la discussion des faits qui vous ont été expliqués.

Ce n'est plus une question douteuse, de savoir si l'absence ou la captivité du mari peuvent fournir à la femme une cause légitime, ou même un prétexte spécieux de divorce.

Les anciens législateurs ont agité cette question dans un temps, où pour être capable du lien de mariage, il fallait être citoyen romain ; et comme la captivité rompait absolument les nœuds de la société civile, l'on ne doutait pas qu'elle ne fût capable de dissoudre les engagements du mariage.

Les lois ne prescrivaient aucun temps à la femme pour attendre le retour de son mari : la mort et la captivité produisaient le même effet ; et la République mettait au nombre des morts ceux qui avaient cessé de vivre pour leur patrie.

C'est ainsi que la loi première au Dig. *De divortiis*, décide expressément que le mariage est éteint par le divorce, par la mort, par la captivité : *Dirimitur matrimonium divortio, morte, captivitate, vel aliâ contingente servitute utrius eorum*.

Quelque privilège que les lois romaines eussent accordé à ce droit favorable, qu'ils appelaient *Jus postliminii*, quoiqu'il rendit au père l'autorité paternelle que la captivité lui avait fait perdre sur ses enfans, il n'était pas assez fort pour réunir ceux qu'une servitude passagère avait séparés. La femme était libre de contracter de nouveaux engagements ; et quand même elle n'aurait pas usé de cette liberté, le retour du mari ne suffisait pas pour faire revivre le mariage : on exigeait

[ARTICLE 108.]

un nouveau consentement de la femme ; et quoique la loi la soumit à certaines peines, lorsqu'elle refusait de l'accorder, il dépendait néanmoins de son choix de contracter un nouvel engagement avec son premier mari, depuis son retour de captivité, ou de demeurer dans la liberté que cette captivité lui avait acquise. *Lege 8 ff. de captivis et postliminio reversis.*

A l'égard de l'absence, les anciennes lois paraissent fort obscures. Aucune dispositions précises ne permettent le divorce en ce cas ; et puisque la loi 2, au Code de *Repud.*, semble exiger d'une fiancée un temps de trois années, il est difficile de se persuader que l'on dispensât les femmes d'attendre au moins pendant le même espace de temps, le retour de leurs maris. La loi *miles*, § 12, ff *ad leg. Juliam de adulteriis*, semble désirer que la femme d'un absent ait laissé passer un grand nombre d'années avant que de se remarier, et même qu'elle ait été trompée par plusieurs faux bruits de la mort de son mari.

Quoiqu'il en soit, il paraît peu important d'examiner curieusement la disposition de ces anciennes lois, puisqu'elles sont abrogées par celles des Empereurs Chrétiens.

Constantin est le premier qui semble avoir prescrit le terme de quatre ans, mais ce n'est qu'une des conditions établies par l'Empereur. Il exige encore que si le mari est engagé dans les troupes, la femme s'adresse au Tribun. Loi 7, Cod. de *Repud.*

Justinien a fait plusieurs lois sur cette matière, dans lesquelles il n'a envisagé que deux cas, celui de la captivité, et celui de la guerre.

A l'égard de la captivité, il abroge l'ancienne loi qui déclarait le mariage dissous en ce cas ; et quelque longue que soit l'absence du mari captif, il ne souffre pas qu'elle puisse donner atteinte au lien du mariage : mais lorsqu'il est incertain si le mari est encore vivant, *quinquennium expectandum est, quo elapso nubere licebit.*

[ARTICLE 108.]

Léon le philosophe, plus sévère que Justinien, ne permet pas aux femmes des captifs de contracter un second mariage jusqu'à ce qu'elles aient reçu des nouvelles certaines de la mort de leur mari. Aucun espace d'années ne suffit pour la faire présumer, si ce n'est celui de cent ans, terme fatal de la plus longue vie, suivant la doctrine des Jurisconsultes.

Si nous passons de la captivité à l'absence, nous trouverons sur cette matière une parfaite conformité entre les lois civiles et canoniques.

Quoique Justinien dans sa Nov. XXII ch., XIV, eût permis aux femmes de se remarier après dix années d'absence, cette loi ne peut plus être considérée, parce que le même Empereur y a dérogé formellement dans la Nov. CXVII, ch. XI, dans laquelle l'absence, quelque longue qu'elle soit, ne peut jamais servir d'excuse légitime à la femme d'un soldat, qui se remarie sans avoir des nouvelles certaines de sa mort.

Deux conditions essentielles, l'une que la femme s'adresse au tribun sous les enseignes duquel son mari s'était engagé, et que la vérité de sa mort lui soit attestée avec serment *tactis Evangeliiis*.

L'autre, que même après cette attestation solennelle, elle passe encore une année dans l'attente de son mari.

La peine que la loi propose contre celle qui néglige l'une ou l'autre de ces conditions, est la même qu'elle prononce contre les adultères.

Les Canons des conciles, et les lois canoniques se sont conformés à cette disposition, Can. XXXI de St. Basile, Can. XCIII du sixième concile, chap. *Cum per bellicam*, et autres rapportés dans le décret de Gratien, *Causâ*, 34, quæst. 1 et 2.

Il résulte de toutes ces autorités, que ni l'absence, ni les présomptions ne peuvent justifier une femme qui se remarie sans être parfaitement assurée du décès de son premier mari.

Il faut ajouter à cette première observation une seconde réflexion qui n'est pas moins importante dans ces matières.

[ARTICLE 108.]

Quoiqu'il n'y ait point d'obstacle plus invincible que celui d'un premier mariage, l'on ne doit pourtant pas prononcer la nullité du second engagement, jusqu'à ce qu'il soit absolument certain que le premier mari était vivant dans le temps du second mariage ; jusque-là on oblige ceux qui ont été mariés dans cet état d'incertitude, à demeurer séparément, et l'on ne prononce pas la dissolution de leur mariage qui demeure en suspens. Mais quelles doivent être les preuves de l'existence du premier mari ? La loi n'en reçoit que trois les titres, les témoins, les indices indubitables et plus claires que le jour. Il est difficile que de ces trois preuves la seconde puisse être suffisante par elle-même pour dissoudre un mariage, puis qu'afin que le témoin pût déposer certainement de l'existence du premier mari, il serait presque nécessaire qu'il ne l'eût point quitté depuis le premier moment de son absence jusqu'au jour qu'il dépose.

A l'égard des indices, il est difficile de concevoir qu'ils pussent former une preuve assez forte pour prononcer un jugement définitif ; il faut donc recourir nécessairement aux titres authentiques. C'est par cette seule voie qu'on peut parvenir à la preuve d'un fait si important ; car nous ne mettons point au nombre des preuves le retour et la représentation du mari, puis que c'est le fait même qu'il s'agit de prouver.

* *Rolland de Villargues*, } Des effets de l'absence relative.
Vo. Absent, No. 343. } ment au mariage. Nous aurons ici
 peu de choses à dire. L'absence avait beaucoup d'influence
 quant au mariage, sous l'empire de la loi du 20 Sept. 1792 ;
 car elle devenait une cause de divorce.

[No. 344.] Aujourd'hui, la présomption, la certitude même que l'absent qui a atteint sa centième année, n'existe plus, cesse à l'égard du mariage. Voici à cet égard comment s'exprime Durant., 1,523 : "Quelque grave que soit la présomption de mort après une longue absence, durant laquelle on n'a point reçu de nouvelles de l'absent, son mariage n'est point

[ARTICLE 108.]

pour cela dissous. Il ne l'est point non plus, lors même qu'il s'est écoulé cent ans depuis sa naissance. Rien, en un mot, dans l'esprit de l'art. 147 Cod. civ., ne peut suppléer à la preuve du décès. Il y avait trop de danger à permettre à un époux de passer à de secondes nocces sur la foi d'une présomption toujours incertaine... ”

* 3 *Pandectes Françaises*, p. 61, { Le mariage n'est pas dis-
sur art. 139, C. N. } sous par l'absence. C'est une
suite de l'incertitude de la vie, ou de la mort de l'absent.
Comme en cette matière, il ne peut y avoir de provision, l'époux, dont le conjoint est absent, ne peut contracter un mariage nouveau qu'en faisant la preuve du décès.

.....Cependant le conjoint qui veut se marier, sera-t-il obligé de rapporter la preuve authentique de la mort de l'époux absent ? Le projet du Code, demandait, non la preuve authentique, mais la preuve *positive* de la mort. Ce serait, en effet, réduire l'intéressé à l'impossible, que d'exiger la preuve authentique, à l'égard d'un homme dont on ne connaît pas la dernière demeure. La loi a gardé le silence sur ce point. Elle laisse, en conséquence les choses, à cet égard, sous l'empire des anciens principes.

Suivant ces principes, on n'exige point de l'époux présent, une preuve authentique, de la mort de l'absent ; mais seulement une preuve positive, comme le bruit commun, appuyé par des circonstances qui font présumer la mort, et la rendent probable. Telle serait la disparition subite, après une bataille, ou à la suite d'un accident, dont la mort serait l'effet moralement sûr. Les docteurs les plus estimés pensent, qu'un seul témoin, qui atteste la mort, suffit pour autoriser un second mariage. (Questions notables de droit, liv. 3, quest. 8—Cap. 19, *extr. de Sponsal.*—Soëfv, tom. 1, cent. 2, ch. 20,—Arrêt du 14 Décembre 1615). Dans le silence de la loi, il faut suivre ces principes, d'autant plus, que les mariages importent à la société, et aux mœurs.

[ARTICLE 108.]

* 1 *Lamoignon, Rec.* } § V. La femme de l'absent ne pourra
des Arrêtés, p. 38. } contracter mariage, même après tren-
 te ans s'il n'y a preuve certaine de la mort de son mari.

* 2 *Lamoignon Mémoi.* } Relativement au mariage, l'absent
res, Tit. VI, p. 42. } n'est jamais réputé mort, et le con-
 joint qu'il a laissé ne peut, même après les cent ans (de la
 naissance de l'absent) contracter un autre mariage, s'il ne rap-
 porte une preuve bien certaine de sa viduité.

* 10 *Nouveau Denizart, Vo. Ab-* } Le changement survenu
sence § 3, no. 15, p. 71. } dans cette partie de notre
 législation, nous dispense de rapporter différens arrêts qui
 constatent l'application faite par les tribunaux de ces lois et
 de ces principes (*tels qu'exposés par D'Aguesseau et M. de La-*
moignon ci-dessus).

Si l'époux d'un absent était contrevenu à des règles aussi
 certaines, s'il avait formé de nouveaux liens sans avoir rap-
 porté la preuve que les premiers n'existaient plus, ce mariage
 aurait été déclaré nul, et l'absent qui aurait reparu aurait
 seul conservé les droits d'un hymen légitime. L'état civil
 d'un enfant né d'un pareil mariage dépend de la bonne foi
 avec laquelle il a été contracté par ses père et mère, ou
 même par l'un d'eux.

* *Bretonnier, Quest. de* } Mariage des femmes des absens.
droit, absent, ch. 1, p. 3. } Il faut distinguer entre le lien du
 mariage et les conventions matrimoniales.

A l'égard du lien du mariage, nous suivons en France les
 canons de l'église, suivans lesquels une femme, dont le mari
 est absent, ne peut se remarier à un autre, quelque longue
 que soit l'absence de son mari, si elle ne rapporte la preuve
 de sa mort; suivant la disposition du chap. *in proesentia*, 19,
 aux Décret *de spons. et matrim.* et du chap. *Dominus, de sec.*
nup.

Le motif de ces lois est, qu'il y aurait trop d'inconvéniens à

[ARTICLE 108.]

admettre dans ce cas la présomption de la mort du mari, qui pourrait n'être pas mort et revenir dans la suite.

La difficulté est de savoir, de quel genre doit être cette preuve par écrit ou testimoniale. Le Parlement de Paris a rendu un arrêt le 9 février 1640, en forme de règlement, par lequel il fait défenses à tous curés ou vicaires de passer outre à la célébration d'aucun mariage des personnes qui se diront veuves, sans avoir un certificat en bonne forme, signé des Juges ou des Curés des lieux, que le mari ou la femme de ceux qui se présenteront pour être mariés est décédé ; cet arrêt est rapporté dans Henrys, t^{om}. 1, liv. 4, quest. 98.

Il semble que cet arrêt exige une preuve par écrit ; cependant la preuve testimoniale peut être reçue, parcequ'il y a des cas où la preuve par écrit ne peut pas trouver place ; mais souvent la preuve qui est rapportée est fausse ou douteuse. Si après un semblable mariage, le premier mari revient, la femme est obligée de retourner avec lui, sous peine d'adultère. *Can. per bellicam* 34, quest. 2, et *cap. Dominus* 2, *Décrét. de sec. nup.*

A l'égard de l'état des enfants nés d'un semblable mariage, il faut distinguer, s'il a été contracté de bonne foi par les deux parties ou par l'une d'elles seulement ; les enfans sont légitimes et capables de succéder, suivant les chapitres *perventum* 8, et *ex tenore* 14, aux *Décrét. qui filii sunt legitimi* ; cela se juge ainsi au Parlement de Paris, suivant les arrêts rapportés par M. Leprestre, cent. 1, chap. 1.

Mais si les deux conjoints sont dans la mauvaise foi, les enfans ne sont pas légitimes, *cap. cum inhibitio*, § *si quis*, *Décret de claud. despons.*

Pour être réputé de bonne foi dans ce cas, il ne suffit pas d'avoir ignoré que le conjoint qui était absent pouvait être vivant, il faut avoir pris toutes les précautions nécessaires pour s'assurer de la vérité ; comme de s'être fait représenter l'extrait mortuaire de l'absent, ou autres actes équipolens ; et

[ARTICLE 108.]

avoir été induit en erreur, soit par quelque fausse énonciation insérée dans ces actes authentiques ; soit par quelqu'acte faux ou supposé, ou par la notoriété publique ; autrement on n'excuse point la négligence de celui qui n'a pas cherché tous les éclaircissements nécessaires pour s'assurer du sort de l'absent. (V. les arrêts rapportés dans le Code matrimonial, tome 1, au mot *absence*, art 1.)

* *Pothier, Mariage,* } De même qu'il n'est pas permis dans
Part, 3, ch. 2, No. 106, p. 171. } le for de la conscience à une personne
 qui a contracté un premier mariage, de
 passer à un second avec un autre avant qu'elle soit assurée de
 la mort de la personne avec qui elle a contracté le premier
 mariage ; de même il n'est pas permis à un prêtre, dans le
 for extérieur, de marier une personne qui l'a déjà été, sans
 se faire représenter un extrait mortuaire de la personne à
 qui elle était mariée, ou des certificats équipollens de la
 mort de cette personne.

Cela a lieu quelque longtemps qu'il y eût que cette personne fût absente, et quelques recherches qu'on eût faites sans avoir pu avoir de ses nouvelles, y eut-il plus de trente ou quarante ans. C'est ce que nous apprenons de la Décrétale de Clément III, qui est au chap. 19, *ext. de sponsal.* Ce Pape étant consulté *de mulieribus quæ viros suos captivitatis vel peregrinationis causâ absentes ultrâ septennium fuerint præstolatae, nec certificari possunt de vitâ aut morte ipsorum, licet super hoc sollicitudinem adhibuerint diligentem, et pro juvenili ætate, seu fragilitate carnis humanæ, nequeunt continere, petentes aliis copulari, respondit, quod quantocumque annorum spatio ita remaneant, non possunt ad aliorum consortium canonicè convolare, nec auctoritate ecclesiæ permittas contrahere, donec certum nuntium recipiant de morte virorum.*

Les actes qui font foi de la mort du premier mari, à l'effet que le curé puisse marier la veuve sans se compromettre, sont 1o un extrait du registre des sépultures de la paroisse, ou de

[ARTICLE 108]

l'hôpital où il est décédé, délivré par le curé ou par le prêtre à ce préposé, et légalisé, par le juge. 2o A défaut de cet acte, lorsque le registre a été perdu, ou lorsque par la négligence du curé, l'acte de sépulture n'y a pas été porté, on peut y suppléer par un acte par lequel des personnes dignes de foi ont attesté devant le juge quelque fait justificatif de la mort de ce premier mari ; *putà*, qu'elles ont assisté dans un tel lieu à son enterrement : cet acte expédié en bonne forme par le greffier de la justice, équipolle à un extrait mortuaire.

Il faut que le fait soit attesté au moins par deux témoins. Si dans des affaires pécuniaires, le témoignage d'un seul témoin n'est pas suffisant pour faire une preuve légitime, *etiam-si præclarè curiæ honore præfulgeat* ; L. 9. Cod. de *test.* à plus forte raison, il ne doit pas l'être dans une matière de cette importance.

Sanchez pense qu'on peut s'en contenter en un cas ; savoir, lorsque le premier mari a passé dans un pays très éloigné, d'où il est extrêmement difficile d'avoir des nouvelles. J'aurais de la peine à admettre cette exception à la règle. 3o. Le certificat du major ou du commandant d'un régiment, qui atteste qu'un homme de son régiment a été trouvé parmi les morts à telle action, est un valable certificat de mort. 4o. Le laps d'un temps de cent années et plus, qui s'est écoulé depuis la naissance d'une personne, forme une présomption de droit de sa mort, suivant les lois, qui disent que *is finis vitæ longissimus est* ; L. 8 ff. de *usufr. leg. et alibi.* (V. *contrà autorités* ci-dessus citées).

* *Sebire et Carteret*, } 19. Tant qu'a régné le grand principe
Encyclop. du droit, } d'indissolubilité du mariage pendant
Vo. absent, p. 45. } la vie des deux époux, l'absence d'un
des deux conjoints, quelque prolongée qu'elle fût, n'a jamais
eu pour effet de rompre le lien conjugal, ni d'établir une pré-
somption de mort suffisante pour en remplacer la preuve.
Toutefois, Pothier voyait une présomption de ce genre dans

[ARTICLE 108.]

le laps de cent ans écoulé depuis la naissance de l'absent Contr. de mariage, No. 106, 40) ; mais la doctrine contraire est enseignée, je crois, avec raison par Denisart et par M. Guyot.

20. Ainsi, la faculté de se remarier était, comme elle l'est aujourd'hui, indéfiniment interdite au conjoint de l'absent. Que si un second mariage avait eu lieu de fait sur une fausse preuve de la mort, le conjoint de l'absent devait retourner avec lui dès qu'il reparaisait. Ces deux décisions sont incontestables ; elles sont formellement proclamées par les auteurs (Bretonnier, *suscité* ; Lacombe, Vo. *absent*, no. 3,) mais il n'est pas moins certain que la nullité du second mariage contracté pendant l'absence du premier conjoint, n'aurait pu être obtenue sans produire la preuve de la vie du premier conjoint au temps du second mariage (D'Aguesseau *suscité*.)

21. Dans tous les cas, la bonne foi des nouveaux époux pro-
sait en faveur des enfants du nouveau mariage son effet ordinaire, et leur assurait, en conséquence, l'état et les droits d'enfants légitimes. (Bretonnier, ch. 2 ; Rép., Vo. *absent*.)

* 1 *Guyot, Vo. ab-* } Une femme qui, sous de fausses preu-
sent, p. 67. } ves de la mort naturelle de son mari ab-
sent, aurait contracté un nouveau mariage, serait obligée de
quitter son second mari pour retourner avec le premier dès
qu'il reparaitrait ; mais les enfans du second mariage seraient
légitimes comme ceux du premier. La même chose aurait
lieu si un homme épousait une femme sur la fausse preuve
de la mort de la première. C'est que des enfans conçus sur
la foi d'un mariage dont les époux, ou du moins un des deux,
ignoraient la nullité, ne peuvent sans injustice être mis au
rang de ceux qui sont le fruit d la débauche. Les lois punis-
sent le crime, mais non l'erreur involontaire de celui qui
est trompé.

[ARTICLE 109.]

109. Si les conjoints sont communs en biens, la communauté est dissoute provisoirement du jour de la demande à cette fin par les héritiers présomptifs, après le temps requis pour se faire envoyer en possession des biens de l'absent, ou à compter de l'action que le conjoint présent porte contre eux au même effet ; et dans ces cas il peut être procédé à la liquidation et au partage des biens de la communauté, à la demande de l'époux présent, des envoyés en possession ou de tous autres intéressés.

109. If there be community of property between the consorts, such community is provisionally dissolved, from the day of the demand to that effect by the presumptive heirs, after the time required for obtaining authority to take possession of the absentee's property, or from the date of the action that the consort who is present brings against them, for the same purpose ; and in these cases, the liquidation and partition of the property of the community may be proceeded with on the demand of such consort, or of the persons authorized to take provisional possession, or of any other parties interested.

* *Pothier, Communauté,* } Lorsque l'un des conjoints est ab-
Part. 3, ch. 1, No. 505 } sent, sans qu'on sache s'il est mort
ou vivant, la communauté est provisionnellement réputée
dissoute du jour de la demande que les héritiers présomptifs
de l'absent, qui après le temps fixé par la coutume ou par
l'usage, se sont fait envoyer en possession des biens de l'ab-
sent, ont donné contre le conjoint présent ; ou du jour de
celle que le conjoint a donnée contre eux.

On ne peut pas prétendre qu'elle ait été dissoute plus tôt,

[ARTICLE 109.]

faute de pouvoir prouver le temps de la mort de l'absent, qui en ait opéré la dissolution. Si l'absent reparaisait, quelque partage qu'on eût fait des biens de la communauté, elle serait censée n'avoir jamais été dissoute ; et ceux qui ont été mis en possession provisionnellement des biens de l'absent, seraient tenus d'en rendre compte.

* 1 *Guyot, Rép., Vo. }* Lorsque le mari abandonne sa femme
absent, p. 67. } elle peut se faire autoriser par le juge à la poursuite de ses droits et actions personnelles : mais pour obtenir cette autorisation, elle doit faire preuve de l'absence.

[P. 69.] Lorsqu'un des conjoints est absent, sans qu'on sache s'il est mort ou vivant, la communauté est provisionnellement dissoute du jour de la demande que les héritiers présomptifs ont formée dans le temps légal contre le conjoint présent, pour obtenir la possession des biens de l'absent : elle est pareillement réputée dissoute du jour que le conjoint présent agit à cet égard contre les héritiers de l'absent : au reste, si l'absent reparaisait, quelque partage qu'on eût fait des biens de la communauté, elle serait censée n'avoir jamais été dissoute, et les héritiers qui auraient été mis provisionnellement en possession de la part de l'absent, seraient tenus d'en rendre compte.

* 1 *Chardon, Des trois }* N^o. 170.—L'absence du mari, sans
puissances, pp. 219–220. } faire cesser la puissance maritale, en modifie infiniment les effets, suivant qu'elle se prolonge, et les diverses positions dans lesquelles sa femme se trouve successivement placée.

D'abord, si le mari, tout en désertant sa maison, donne de ses nouvelles, soit à sa femme, soit à tout autre, ou s'il a fondé quelqu'un de sa procuration, il n'y a pas disparition ; il est représenté par son mandataire : c'en est assez pour qu'il ne soit pas *présumé absent*.

171.—Mais ce mandataire, ne le représente que pour l'admi-

[ARTICLE 109.]

nistration de sa fortune ; et même de celle de sa femme, si par les conditions de leur mariage, il en a la jouissance. Quand au gouvernement du ménage, à l'éducation des enfans, au choix et à la surveillance des domestiques, il ne peut s'y ingérer sous aucun prétexte, et doit respecter, à cet égard, les droits de la femme, auprès de laquelle il ne peut pas même s'introduire sans son agrément. Un règlement doit intervenir entre eux, pour qu'il lui fournisse, proportionnellement à la fortune des deux époux, les deniers nécessaires aux dépenses du ménage. Si elle éprouve des difficultés, c'est au tribunal à les résoudre.

172.—Un tel état de choses, si l'absence se prolonge doit avoir un terme et, les articles 120 et 121 y ont pourvu. Dès que l'absent cesse de donner de ses nouvelles il y a *disparition*. Il en est de même, si la procuration cesse, soit parce qu'elle n'était que pour un temps et qu'il est écoulé ; soit que, le fondé de pouvoir venant à décéder, il ne soit pas remplacé : la présomption d'absence commence.

173.—Cependant les héritiers présomptifs de l'absent ne pourront poursuivre la déclaration d'absence que *dix* années après cette époque. Que deviendra la femme durant ce long délai ? Si elle a des enfans mineurs, tout est parfaitement réglé par l'article 141, elle en aura la surveillance ; et de plus elle exercera tous les droits du mari, quand à leur éducation et à l'administration de leurs biens.

Si les enfans sont majeurs, ou le deviennent avant l'expiration des dix années, ou s'il n'y a pas d'enfans et que l'absent n'ait pour héritier présomptif que des parens collatéraux ; ni les uns ni les autres ne peuvent, pendant ces dix années, troubler la femme dans l'administration de fait que lui a laissée la disparition de son mari.

[ARTICLE 110.]

110. Aux cas de l'article précédent, les conventions et droits des conjoints subordonnées à la dissolution de leur communauté, deviennent exécutoires et exigibles.	110. In the cases provided for in the preceding article, the covenants and rights of the consorts, dependent on the dissolution of the community, become effective and absolute.
--	---

Voy. Rapp. des Comm. sur cet article.

* 1 <i>Lamoignon, Rec. des arrêts</i>, p. 37.	} § II. Et néanmoins on ne peut	} partager les biens de l'absent, ni demander compte des fruits et revenus à ceux qui en ont eu l'administration, ni sa femme avoir la délivrance de son douaire, ni autres conventions, sinon cinq ans après son absence, et de la dernière nouvelle reçue de lui.
--	--	--

§ III. Sera en ce cas baillé bonne et suffisante caution, par les héritiers et par la femme, de rapporter en cas de retour tout ce qui aura été reçu, laquelle caution sera reçue en justice....

* 2 <i>Lamoignon, Mémoires</i>, p. 42.	} Quant	} aux conventions matrimoniales, il faut distinguer la dot des autres conventions : c'est le patrimoine de la femme ; elle en a besoin pour sa subsistance. Il est donc juste de la lui rendre au bout d'un certain espace de temps borné, comme cinq ans. D'ailleurs, quand on ne voudrait pas la lui rendre, elle pourrait se la faire restituer forcément, en se faisant séparer ; la longue absence étant un moyen de séparation.
---	----------------	--

Quant au douaire, au préciput, et autres gains de survie, on peut prolonger le temps de les lui accorder, on peut la faire attendre jusqu'à dix ans, à la charge de donner caution et de nourrir et entretenir les enfans.

[ARTICLE 111.]

111. Si c'est le mari qui est absent, la femme peut se faire mettre en possession de tous les gains et avantages matrimoniaux lui résultant de la loi ou de son contrat de mariage; mais à la condition de fournir bonne et suffisante caution de rendre compte et de rapporter, au cas de retour, tout ce qu'elle aura ainsi reçu.	111. If the husband be the absentee, the wife may obtain possession of all the matrimonial profits and advantages resulting from the law or from her marriage contract; but on condition of giving good and sufficient security to account for and restore all that she shall have so received, should the absentee return.
--	--

Voy. 2 Lamoignon, cité sous l'article précédent.

* 1 *Encyclop., du droit, Sebire et Carteret, Vo. Absent, p. 49.* } No. 45.....Toute personne qui pendant la présomption d'absence peut justifier d'un droit subordonné au décès, doit être admise, comme partie intéressée, à requérir du tribunal les mesures d'administration nécessaires.

46. A plus forte raison doit-on comprendre parmi les parties intéressées les conjoint et les enfans, qui, indépendamment de l'intérêt éventuel ci-dessus, ont une sorte de participation actuelle aux intérêts de l'absent lui-même. Aussi Delvincourt n'hésite-t-il pas à les ranger parmi les personnes qui peuvent agir comme ayant un intérêt pécuniaire. M. Duranton, t. 1, no. 402, est du même avis, et fonde surtout sa proposition sur les obligations que les époux, sous tous les régimes, ont à remplir l'un envers l'autre, et sur les devoirs des pères et mères envers leurs enfans, qui, à tout âge, peuvent réclamer d'eux des alimens.

* *Bretonnier. Quest. de droit, p. 4.* } Pour ce qui est de la dot, comme c'est le patrimoine de la femme, il y a

[ARTICLE 112.]

de la justice de la lui rendre après un temps raisonnable ; v. g. cinq ans ; et quand on ne voudrait pas la lui accorder elle a un moyen infailible pour la ravoir, elle peut se faire séparer ; car une longue absence est un moyen légitime de séparation.

A l'égard des autres conventions, comme le douaire, le préciput et la communauté, dans les pays coutumiers ;..... il est juste que la femme attende plus longtemps à les demander ; l'espace de dix ans parait raisonnable, et encore dans ce cas, il serait juste de ne lui donner la propriété de ces avantages que sous deux conditions ; la première, de donner bonne et suffisante caution ; la seconde, d'en employer le revenu à l'entretien et nourriture des enfans s'il y en a.

112. Si l'époux absent n'a pas de parents habiles à lui succéder, l'autre époux peut demander la possession provisoire des biens.	112. If the absent consort have no relations entitled to his succession, the consort who is present may obtain provisionnal possession of the property.
---	---

* *Pothier, Intr. Cout. d'Orléans,* } Lorsque le prédécédé de
tit. 17, No. 35, pp. 584-585. } deux conjoints par mariage
 n'avait aucuns parens pour recueillir sa succession, l'édit du
 prêteur, au titre *undè vir et uxor*, y appellait, au défaut de
 parens, le survivant des dits conjoints. Nos auteurs français,
 attestent que dans les coutumes qui ne s'en sont pas expli-
 quées, telle qu'est la nôtre, cette succession a été admise.

Ce droit qu'a le survivant de succéder à défaut de parents au prédécédé, est un des effets civils du mariage ; c'est pour-
 quoi il ne peut avoir ce droit, si leur mariage, quoique vala-
 blement contracté, est privé des effets civils, tel qu'est celui
 qui a toujours été tenu secret jusqu'à la mort, celui qui a été
 contracté *in extremis* entre personnes qui avaient eu un mau-

[ARTICLE 112.]

vais commerce ; celui qui a été contracté entre le ravisseur et la personne ravie, quoique remise en liberté.

Au contraire, dans les cas auxquels la loi accorde les effets civils à un mariage quoique nul, à cause de la bonne foi des parties qui l'ont contracté, ou de l'une d'elles ; comme lorsqu'une femme sur des attestations en bonne forme de la mort de son mari, qui néanmoins était vivant, a de bonne foi épousé un autre homme, ou lorsqu'une fille a épousé un homme qu'on ignorait être engagé dans les ordres sacrés ; dans ces cas et autres semblables, la partie qui était de bonne foi, peut succéder à l'autre à défaut de parens ; mais celle qui était de mauvaise foi, ne peut succéder à l'autre, *cum nemo ex suo delicto jus sibi quærere possit*.

Il n'est pas douteux qu'une femme judiciairement convaincue d'adultère, doit être jugée indigne de cette succession dans le cas du prédécès de son mari sans parens, de même qu'elle est privée de tous ses avantages matrimoniaux ; mais si elle prédécède, son mari, à défaut de parens, lui peut succéder ; car il demeure toujours son mari.

Un mari doit pareillement être jugé indigne de la succession de sa femme qui a été séparée de lui pour causes de sévices ; mais s'il prédécède, sa femme peut à défaut de parens lui succéder ; et c'est sans aucune raison que Lebrun lui refuse ce droit.

Cette succession *undè vir et uxor* est une vraie succession qui ne diffère en rien des autres successions, si ce n'est en ce que les héritages qui aviennent par cette espèce de succession, n'ont pas la qualité de *propres*. Au reste, le survivant qui succède à ce titre au prédécédé, est un vrai *héritier*, et il est, de même qu'un parent, suivant l'art. 301, saisi de tous les droits actifs et passifs du défunt dès l'instant de sa mort : c'est pourquoi cet article dit : *le mort saisit le vif son plus proche héritier*, en termes généraux, et non pas *son plus prochain parent*.

[ARTICLE 112.]

* ff. *Lib.*, 38, *Tit. XI. L. Unica.* } Ut bonorum possessio peti
Undè vir et uxor. } possit, *Undè vir et uxor*, jus-
 tum esse matrimonium oportet : cæterum si injustum fuerit
 matrimonium, nequaquam bonorum possessio peti poterit.
 Quemadmodum nec ex testamento adiri hæreditas, vel secun-
 dum tabulas peti bonorum possessio potest : nihil enim capi
 propter injustum matrimonium potest.

§ 1. Ut autem hæc bonorum possessio locum habeat, uxorem
 esse oportet mortis tempore. Sed si divortium quidem secu-
 tum sit, verumtamen jure durat matrimonium : hæc succes-
 sio locum non habet. Hoc autem in hujusmodi speciebus
 procedit : liberta ab invito protrono divortit, lex Julia de
 maritandis ordinibus retinet istam in matrimonio, dum eam
 prohiberet alii nubere invito protrono. Item Julia de adul-
 teriis, nisi certo modo divortium factum sit, pro infecto habet.

* 1 *Toullier*, No. 487. } Un dernier effet de l'absence rela-
 tivement au mariage, est de donner
 à l'époux présent le droit de demander l'envoi en possession
 provisoire des biens de l'absent, de préférence aux héritiers,
 et l'envoi définitif au défaut de parens habiles à lui succéder.
 Ce dernier droit est une conséquence nécessaire de l'art. 767
 qui veut qu'un des époux succède à l'autre, lorsque le pre-
 mier mourant ne laisse ni parens dans les degrés successibles,
 ni enfans naturels.

* *C. N.*, 140. } Si l'époux absent n'a point laissé de parens
 habiles à lui succéder, l'autre époux pourra
 demander l'envoi en possession provisoire des biens.

* 3 *Pandectes* } La raison est que cet époux est, alors, son
Fr., p. 64. } héritier présomptif, en vertu de la loi *undè*
vir et uxor, suivant laquelle l'époux survivant, succède à ce-
 lui qui meurt, sans laisser d'héritiers.

[ARTICLE 113.]

Lahaie, sur art. 140, C. N., } *Huguet*, Discours au corps lé-
 p. 45. } gislatif, 15 Mars 1803.—Cette dis-
 position n'a pas besoin d'être justifiée. Si, naturellement, à
 défaut de parens, il est juste que l'époux survivant soit héri-
 tier de son autre époux, ce que les lois romaines et notre
 droit français ont établi en principe, à plus forte raison il doit
 avoir le droit d'être envoyé en possession des biens de l'é-
 poux absent, quand il n'a pas de parens.

Malleville.—C'est que l'autre époux est alors l'héritier légi-
 time de l'absent.

En possession définitive des biens.—Et par suite celle défi-
 nitive, puisque l'époux écarte le fisc, en cas de non héritiers
 de son conjoint (art. 767).

Mais s'il y a des parens habiles à succéder, l'époux ne
 pourra demander l'envoi en possession provisoire des biens
 (Toullier, No. 467).

Boileux.—La loi suppose ici que les époux sont séparés de
 biens, au moins sous le régime dotal, car sous ces divers ré-
 gimes les biens ne sont pas confondus. S'ils étaient mariés
 sous le régime de la communauté, cette demande ne serait
 pas nécessaire.

CHAPITRE CINQUIEME.

DE LA SURVEILLANCE DES ENFANS
 MINEURS DU PÈRE QUI A DIS-
 PARU.

113. Si le père a dispa-
 ru, laissant des enfans
 mineurs issus d'un com-
 mun mariage, la mère en
 a la surveillance et elle
 exerce tous les droits du
 mari, quant à leur per-
 sonne et à l'administra-
 tion de leurs biens, jus-
 qu'à ce qu'il y ait un tu-
 teur.

CHAPTER FIFTH.

OF THE CARE OF MINOR CHIL-
 DREN OF A FATHER WHO HAS
 DISAPPEARED.

113. If a father have
 disappeared, leaving mi-
 nor children issue of his
 marriage, the mother has
 the care of such children
 and exercises all the rights
 of her husband as to their
 person and as to the ad-
 ministration of their pro-
 perty, until a tutor is ap-
 pointed.

[ARTICLE 113.]

* *Argumentum ex leg. 1, tit. 49, Lib. 5.* } *Educatio pupillorum*
Cod. Ubi pupilli educari debeant. } tuorum nulli magis,
 quam matri eorum, si non vitricum eis induxerit, committen-
 da est. Quando autem inter eam et cognatos et tutores super
 hoc orta fuerit dubitatio : aditus Præsès provinciae, inspecta
 personarum qualitate et conjunctione, perpendet, ubi puer
 educari debeat. Sin autem aestimaverit, apud quem educari
 debeat, is necessitatem habebit hoc facere, quod Præsès
 jusserit.

* *C. N.*, 141, } Si le père a disparu, laissant des enfans
 } mineurs, issus d'un commun mariage, la mè-
 re en aura la surveillance, et elle exercera tous les droits du
 mari, quant à leur éducation et à l'administration de leurs
 biens.

* 3 *Pandectes* } N° 55.—Cette disposition est fondée sur le
frs., pp. 64, 65. } droit naturel même, et n'a pas besoin d'expli-
 cation. Le père étant absent, toute l'autorité, sur les enfans
 tombe naturellement entre les mains de la mère.

Cependant, cette surveillance accordée par la loi, à la mè-
 re, n'exclut pas les raisons qui pourraient s'opposer à ce
 qu'elle l'eût. La famille peut les faire valoir ; et c'est au tri-
 bunal à statuer sur leur validité. Si elle sont admises, il
 faut se conduire suivant l'art. 142 ci-après.

* 1 *Toullier*, No. 458. } Si le mari qui a disparu laisse des
 } enfans mineurs, la mère en a de
 plein droit la surveillance, et elle exerce tous les droits du
 mari quant à leur éducation et à l'administration de leurs
 biens, sans qu'il lui soit nommé de subrogé tuteur pendant
 cette première période ; et si elle vient à décéder avant que
 l'absence du mari ait été déclarée, la surveillance des enfans
 sera déférée par le conseil de famille aux ascendans les plus
 proches, et, à leur défaut, à un tuteur provisoire.

[ARTICLE 113.]

* 1 *Duranton, pp.* } N° 521.—Quant à la jouissance des biens
 437-438. } des enfans, il semble d'après l'art. 141, qui
 dit simplement que la mère exercera tous les droits du mari,
quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens, il
 semble, disons nous, que cette jouissance est déniée à la
 mère. Cependant nous croyons, en principe, qu'elle doit
 avoir lieu à son profit, à partir de la disparition du père, si
 celui-ci ne reparait point ou ne donne pas de ses nouvelles :
 c'est en effet de ce jour que, dans cette hypothèse, la loi le
 présume mort. Il n'y a donc pas lieu de faire emploi des
 fruits perçus sur les biens des enfans. Rien ne démontre
 qu'ils appartiennent au père ; au contraire il y a présomp-
 tion, mais dont les effets sont résolubles, qu'ils appartiennent
 à la mère. La jouissance légale des biens des enfans est
 d'ailleurs une dépendance de la puissance paternelle ou ma-
 ternelle, et la mère exerçant ici la puissance du père, elle doit
 l'exercer avec ses conséquences et ses attributs.

Mais si le père reparait, ou donne de ses nouvelles, la cause
 de cette jouissance étant reconnue fausse, la mère, dans l'hy-
 pothèse où, commune en biens, elle a opté pour la conti-
 nuation de la communauté, doit restituer à son mari les fruits
 qu'elle a perçus avant d'être envoyée en possession provisoi-
 re ; et ces fruits entreront dans la communauté. Pour ceux
 qu'elle a perçus depuis l'envoi en possession, on suivra les
 règles que nous avons posées, d'après l'art. 127, en parlant
 des droits de l'administrateur légal. Enfin, si les époux sont
 mariés sous tout autre régime, ou même sous celui de la
 communauté, mais quand la femme a opté pour sa dissolu-
 tion provisoire, celle-ci doit restituer au mari de retour, ou
 qui a donné de ses nouvelles, les fruits qu'elle a perçus d'a-
 près un titre reconnu faux, et dans tous les cas, sous la dé-
 cuction des dépenses qu'elle a dû raisonnablement faire pour
 l'éducation des enfans et des autres charges mentionnées en
 l'article 385.

[ARTICLE 114.]

114. Après la disparition du père, si la mère est décédée ou incapable d'administrer les biens, il peut être nommé aux mineurs un tuteur provisoire ou permanent.

114. After the disappearance of the father, if the mother be dead or unable to administer the property, a provisional or a permanent tutor may be appointed to the minor children.

* *Bretonnier, Absent, ch. 2, p. 6.* } Tutelle des enfans des absens. Si les enfans sont mineurs, et que leur mère soit morte ou incapable d'administrer les biens, il n'est pas nécessaire d'attendre trois ans pour les pourvoir de tuteur ; on peut le faire après une année d'absence de leur père, dont on ne sçait aucune nouvelle.

* 1 *Guyot Rép. Vo. absent, p. 68.* } Le tuteur d'un mineur absent est obligé de rendre compte de son administration aux héritiers présomptifs de ce mineur lorsqu'ils sont en droit de demander le partage provisionnel de ses biens. C'est ce qu'a jugé le Parlement de Paris par un arrêt que rapporte Chenu dans son recueil....

Si les enfans d'un absent sont mineurs, et que leur mère soit morte ou incapable d'administrer les biens, il n'est pas nécessaire d'attendre trois ans pour leur donner un tuteur ; on peut le faire après une année d'absence du père dont on n'a aucune nouvelle.

* *C. N., 142.* } Six mois après la disparition du père, si la mère était décédée, lors de cette disparition, ou si elle vient à décéder avant que l'absence du père ait été déclarée, la surveillance des enfans sera déférée, par le conseil de famille, aux ascendans les plus proches ; et, à leur défaut, à un tuteur provisoire.

[ARTICLE 114.]

*3 *Pandectes Frs.*, } N° 56—Il est évident que, dans ce cas, il
 p. 65. } n'est pas possible d'attendre que l'absence
 du père soit déclarée. Des enfans ne peuvent pas rester à l'abandon. Si la mère n'existe point, ou qu'elle décède, la famille doit être convoquée, soit à la requête d'un de ses membres, soit même, en cas de négligence, à celle du commissaire du gouvernement, pour statuer sur la surveillance et les soins que les enfans exigent.

TITRE CINQUIEME.
 DU MARIAGE.

CHAPITRE PREMIER.

DES QUALITÉS ET CONDITIONS RE-
 QUISES POUR POUVOIR CON-
 TRACTER MARIAGE.

TITLE FIFTH.
 OF MARRIAGE.

CHAPTER FIRST.

OF THE QUALITIES AND CONDI-
 TIONS NECESSARY FOR CON-
 TRACTING MARRIAGE.

RAPPORT DE MM. LES } Ce titre pose les règles relatives aux
 COMMISSAIRES. } qualités, conditions et formalités es-
 sentielles à la validité du mariage, aux oppositions qu'on y
 peut faire, aux causes qui le rendent nul, aux obligations qui
 en résultent, aux droits et devoirs qu'il confère et impose aux
 époux, et finalement à sa dissolution.

De là la division du titre en sept chapitres, division empruntée du Code Napoléon, qui cependant en contient un huitième composé d'un seul article (222) relatif aux seconds mariages, dans lequel il est défendu à la femme de se remarier avant dix mois de veuvage. Cette disposition, quoique conforme au droit romain, est omise dans ce projet, parce qu'elle est de droit nouveau, n'ayant jamais été admise dans l'ancienne jurisprudence, et l'adoption n'en est pas suggérée, parce qu'il paraît aux Commissaires que le motif sur lequel elle est fondée ne se présente que dans bien peu de cas, suffisamment contrôlés par les règles générales sur le sujet, et par l'influence de l'opinion publique, tandis qu'elle

peut opérer d'une manière injuste et injurieuse dans un bien plus grand nombre de cas, dans lesquels ne peut se rencontrer l'inconvénient que l'on veut éviter.

Comme raison additionnelle, l'on peut ajouter que la disposition dont il s'agit, ne produisant pas, d'après la manière dont elle est interprétée, un empêchement dirimant au mariage, n'a, en réalité, aucun résultat effectif et ne peut être regardée que comme un simple précepte.

Outre cette différence entre le Code Napoléon et notre projet, il en est d'autres qui sont le résultat de nos circonstances et de notre état social, empêchant l'adoption, sur le sujet du mariage, de règles uniformes et particularisées, applicables à tous les habitants de la province, où se rencontre un nombre si varié d'usages, de religions et d'associations religieuses, ayant des coutumes et pratiques différentes, et possédant des ministres autorisés à célébrer les mariages et à en rédiger les actes.

La rédaction de ces actes est, à la vérité, soumise à des lois générales (titre 2 des actes de l'état civil), mais les formalités de la célébration même n'étant pas déterminées d'une manière spécifique et détaillée, chaque religion suit celles qui lui sont particulières ; ce qui crée, sur un sujet de cette importance, une variété qui ne devrait pas exister dans une société plus homogène, mais qui est inévitable dans la nôtre.

En France, avant la révolution, l'uniformité était praticable, vu qu'il n'y avait alors de légalement reconnue qu'une seule religion, dont les ministres étaient exclusivement chargés de ces devoirs. Depuis que toutes les religions y sont reconnues et également protégées, il a fallu, pour conserver cette uniformité dans le système, civiliser le mariage et en confier la célébration, ainsi que la tenue des registres, à des officiers d'un caractère purement civil, sans aucune intervention obligée de l'autorité religieuse.

Un changement de cette nature ne paraissant aucunement désirable en ce pays, il a fallu renoncer à l'idée d'établir ici,

sur les formalités du mariage, des règles uniformes et détaillées, et de suivre le Code Napoléon dans le système qu'il a adopté.

Dans la vue de conserver à chacun la jouissance de ses usages et pratiques, suivant lesquels la célébration du mariage est confiée aux ministres du culte auquel il appartient, sont insérées dans ce titre plusieurs dispositions, qui, quoique nouvelles quant à la forme, ont cependant leur source et leur raison d'être dans l'esprit sinon dans la lettre de notre législation.

CHAPITRE I.

DES FORMALITÉS ET DES CONDITIONS REQUISES POUR CONTRACTER MARIAGE.

D'après l'ancien droit français, d'accord avec le droit romain et le droit canonique, l'âge avant lequel l'on ne peut se marier est : quatorze ans pour les garçons et douze ans pour les filles. Le Code Napoléon a innové sous ce rapport, en fixant cet âge à dix-huit ans pour les uns et quinze ans pour les autres (C. N. 144). Malgré les raisons assez plausibles sur lesquelles a été basée l'adoption de ces changements, les Commissaires ont cru devoir s'en tenir à l'ancienne règle, qui leur paraît juste dans la généralité des cas et suffisante pour empêcher les mariages prématurés, aidée comme elle l'est du contrôle qu'ont les parents et les tuteurs sur les mineurs soumis à leur puissance, qui ne peuvent se marier sans leur consentement (115).

Avec cette règle il ne devait plus y avoir de dispense d'âge ; aussi la disposition de l'article 145 du Code Napoléon, qui l'a autorisée, est-elle supprimée.

Quel que soit l'âge où se contracte le mariage, le défaut de consentement chez les parties le rend nul (116). Il est également nul pour cause d'impuissance (117). Cette nullité n'est pas mentionnée au code Napoléon ; elle y a été omise parce que la preuve en est " difficile et scandaleuse "

Comme sans contredit elle existe dans notre droit, les Commissaires ont dû la mentionner ; ils sont même d'avis qu'elle doit être maintenue, mais avec certaines restrictions savoir : qu'elle existe lors du mariage et qu'elle soit *apparente et manifeste*. Il n'y a que la partie qui en souffre qui puisse s'en plaindre, encore doit-elle le faire dans les trois ans ; limitation qui est de droit nouveau et est suggérée comme amendement (117).

Tant que dure le mariage, les parties n'en peuvent contracter un autre (118).

Les mineurs de vingt-un ans, de l'un et de l'autre sexe, ont besoin, pour se marier, du consentement de leurs père et mère ; celui du père suffit au cas de dissentiment (119) ; de même, celui de l'un des deux est suffisant au cas où l'autre est décédé ou incapable (120).

Les mineurs dont les père et mère sont décédés ou incapables, ne peuvent se marier sans obtenir le consentement de leur tuteur, qui lui-même ne peut accorder ce consentement sans consulter le conseil de famille (122).

Cet article, conforme à l'ancien droit, diffère du Code Napoléon, qui, (art. 150), requiert le consentement des aïeux ou aïeules à défaut de celui des pères et des mères.

Quand à l'enfant naturel mineur, il ne peut se marier sans le consentement du tuteur *ad hoc* qui lui est nommé à cet effet (121).

Les sommations respectueuses exigées par l'ancien droit, des enfants majeurs, ont été conservées dans le code français, où elles ont fait le sujet des articles 151 à 157. L'objet qu'on a eu en les gardant a été, ainsi qu'il fut dit lors des discussions, " d'inspirer plus de respect pour l'autorité paternelle que la révolution avait beaucoup affaiblie. "

Après mur examen de la question, les Commissaires ont été d'avis de supprimer entièrement des formalités tombées en désuétude dans la province, qui n'ont plus de raison d'être dans notre état social, et qui non seulement sont inutiles et sans but, mais propres à produire un résultat tout opposé à

celui qu'on se propose. En effet ces sommations ne sont faites qu'après que le consentement a été demandé et refusé, c'est-à-dire lorsque l'enfant est bien décidé à se marier et le père également décidé à s'y refuser. Dans une position semblable, peut-on raisonnablement s'attendre que l'enfant abandonnera son projet, ou le père son opposition, par suite d'une démarche plus insultante que respectueuse, et plus irritante que conciliante ?

Non ; les procédures dont on fait usage, accompagnées de formalités et de solennités étranges, répétées à plusieurs reprises, sont uniquement bonnes à constater l'entêtement des deux parties, et la détermination de s'en tenir à leur décision primitive. Elles indiquent chez l'enfant plus d'insubordination et de bravade que de déférence et de soumission, et sont peu propres à amener des concessions et à établir la bonne entente.

Si, à ce qui précède, l'on ajoute que la liberté qu'a chacun, d'après nos lois, de disposer de ses biens par testament, même au préjudice de ses enfants, a enlevé ici le seul moyen qui existât en France, d'après l'ancien droit, de punir l'infraction des dispositions en question, l'on conviendra qu'il était préférable de les omettre ; c'est ce qu'ont fait les Commissaires par l'article 123, qui est nouveau, mais qui n'est cependant pas proposé en amendement, pour la raison de désuétude déjà donnée.

Outre les empêchements énoncés aux articles précédents, le mariage est encore défendu entre les ascendants et les descendants, et entre les alliés, soit légitimes soit naturels, dans la même ligne (124) ; entre le frère et la sœur légitimes ou naturels, et les alliés au même degré (125) ; entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu (126).

Ces empêchements sont applicables à tous, de quelque religion où persuasion religieuse qu'ils soient, et il n'y a aucune autorité qui puisse en dispenser, quoique, par l'article 164 du Code Napoléon, le souverain ait le droit de permettre le mariage entre le beau-frère et la belle-sœur, entre l'oncle et la

nièce, entre la tante et le neveu ; le droit de dispense, dans ces cas, n'existe pas dans la province.

Il est, dans la ligne collatérale, comme résultant de la parenté et de l'affinité, d'autres empêchements qui ne sont pas d'un caractère général, mais applicables seulement aux membres des églises ou congrégations religieuses qui les admettent, comme faisant partie de leurs dogmes et croyances ; telle est la parenté au degré de cousins germains, et autres degrés plus éloignés, dans lesquels le mariage est défendu d'après la doctrine de l'église catholique, quoiqu'il ne le soit pas d'après celles des églises protestantes.

Cette espèce d'empêchement, ne pouvant être réglée par des dispositions générales, a du être laissée soumise aux règles suivies jusqu'à présent par les différentes églises qui la reconnaissent.

Il fallait, en même temps, laisser aux autorités ayant pouvoir de dispenser de ces empêchements, la faculté de le faire à l'avenir.

C'est à ces deux objets qu'il est pourvu par l'article 127 qui est nouveau.

CHAPITRE II.

DES FORMALITÉS RELATIVES A LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

L'article 128 ordonne deux choses :

1°. Que le mariage soit célébré publiquement ;

2°. Qu'il le soit devant un fonctionnaire compétent reconnu par la loi.

La publicité exigée par la première partie de l'article est dans le but d'empêcher la clandestinité des mariages, condamnée avec raison par tous les systèmes de loi ; un acte aussi important et qui intéresse bien d'autres que les parties elles-mêmes, ne doit pas être tenu secret ; or, le meilleur moyen d'empêcher qu'il ne le soit, est de rendre obligatoire la publicité de la célébration.

Le mot *publiquement* a une certaine élasticité, qui l'a fait

préférer à tout autre ; étant susceptible d'une extension plus ou moins grande, il a été employé afin qu'il pût se prêter à l'interprétation différente que les diverses églises et congrégations religieuses, dans la province, ont besoin de lui donner d'après leurs coutumes et usages, et les règles qui leur sont particulières, auxquelles l'on ne désire aucunement innover. Tout ce qu'on a voulu, c'est d'empêcher les mariages clandestins.

Ainsi seront réputés faits *publiquement*, ceux qui l'auront été, d'une manière ouverte, et dans le lieu où ils se célèbrent ordinairement, d'après les usages de l'église à laquelle les parties appartiennent.

Cependant l'un des Commissaires (le juge Day) craint que le mot *publiquement* ne soit interprété comme exigeant que la célébration se fasse en face de l'église, comme elle se faisait en France ; et pour cette raison, exposée dans le rapport spécial dont il a été déjà fait mention, il n'a pas accordé son concours à la rédaction du présent article qui est proposé par les deux autres Commissaires seulement.

Quant à la seconde partie de l'article, elle réfère au suivant (129) qui détermine quelles personnes sont compétentes à célébrer les mariages. En France, avant le code, il n'y avait que les curés et les prêtres par eux autorisés, qui eussent le droit de célébrer les mariages dans leurs paroisses respectives. Le Code Napoléon a civilisé cette célébration qu'il a confiée à un fonctionnaire purement civil. Nos statuts provinciaux ont chargé de ce devoir les ministres du culte des différentes dénominations religieuses, lesquels sont officiers civils pour ces fins.

L'article 129 résume les dispositions de ces statuts sur le sujet du mariage, en décrétant que tous prêtres, curés, ministres et autres fonctionnaires, autorisés à tenir registre des actes de l'état civil, sont compétents à célébrer le mariage ; ce devoir est obligatoire, et celui auquel il est imposé est tenu de l'exécuter, à moins que, d'après les croyances de sa reli-

gion et la discipline de son église, il n'y ait, au mariage proposé, des empêchements regardés comme valables.

Les publications de bans requises par les articles 57 et 88 du titre des actes de l'état civil, sont faites par le fonctionnaire public, dans l'église à laquelle appartient chacune des parties, au service divin du matin, s'il y en a, sinon, à celui du soir, à trois dimanches ou jours de fête (130).

Si le domicile actuel n'est que de six mois, les publications se font aussi au dernier domicile (131), ainsi qu'au domicile du père, de la mère, du tuteur ou du curateur des parties, au cas où elles seraient, quant au mariage, sous la puissance de quelques uns d'eux (133).

Cependant ces publications peuvent être omises, ainsi qu'il est réglé en l'article 59 du titre des actes civils, si les *autorités compétentes* en ont permis l'omission, en accordant une dispense ou licence à ce sujet. Le présent article (134) déclare qu'elles sont ces *autorités compétentes*. Ce sont celles qui, jusqu'à présent, ont joui de ce droit ; elles sont continuées dans leur possession.

Si le mariage est célébré hors du Bas-Canada, il est valable si on y a suivi les formalités usitées au lieu de la célébration, pourvu que les parties ne s'y soient pas rendues pour éluder la loi (135).

CHAPITRE III.

DES OPPOSITIONS AU MARIAGE.

Les publications de bans ont pour objet de fournir à ceux qui ont droit de s'opposer au mariage, l'occasion de le faire. Ces oppositions forment le sujet du présent chapitre, où l'on voit par qui elles peuvent être faites, quelles obligations elles imposent à celui qui les fait, quelles procédures elles nécessitent, devant quel tribunal elles sont portées, et quel est l'effet des jugements qu'elles provoquent.

Le droit d'opposition appartient surtout à l'époux de l'un de ceux qui veulent se marier (136) ; au père ou à la mère

du mineur (137) ; à défaut de l'un ou de l'autre, à son tuteur ou curateur ; mais dans ces deux cas, le tribunal doit consulter le conseil de famille avant de statuer sur l'opposition (138). S'il n'y a ni père, ni tuteur ni curateur, qualifiés à agir, les aïeux et aïeules, les oncles et tantes, les cousins et cousines germains, sont admis à faire opposition au mariage de leur parent mineur :—1^o. Lorsque le conseil de famille n'a pas été consulté au désir de l'article 122 du présent titre : 2^o. Lorsque ce parent est dans l'état de démence (139).

Mais au cas de cet article, si le mineur au mariage duquel on s'oppose n'a ni tuteur ni curateur, l'opposant doit lui en faire nommer un pour le représenter sur cette opposition (140). Le cas de démence est le seul où il soit permis de faire opposition au mariage d'un majeur non interdit et alors ce droit est dévolu aux personnes qui suivent, dans l'ordre où elles sont indiquées : 1^o. Le père ou la mère ; 2^o. Les aïeux et aïeules ; 3^o. Le frère ou la sœur, l'oncle ou la tante, le cousin ou la cousine germains ; et à défaut de tous ceux qui précèdent, tous les parents et alliés qualifiés à assister au conseil de famille qui devrait être consulté sur le mariage en question (141).

Cet article qui est nouveau et qui, partant, est proposé en addition à la loi actuelle, est devenu nécessaire dans notre système, d'après lequel personne, pas même le père ni la mère, n'a droit de faire opposition au mariage d'un majeur jouissant de son intelligence ; il fallait pourvoir au cas de la démence, auquel il est pourvu autrement dans le Code Napoléon (art. 173), qui donne au père, à la mère et aux aïeux, le droit de faire opposition au mariage de leur enfants majeurs, pour toutes causes quelconques.

L'opposant quel qu'il soit, qui fonde son opposition sur la démence, est tenu de faire interdire celui au mariage duquel il s'oppose (142), et de faire statuer sur cette opposition sous les délais réglés au code de procédure ; faute de quoi il est procédé au mariage sans qu'il soit besoin de demander main-lévéee (143 et 144).

C'est devant le tribunal du domicile des époux, ou devant un des juges de ce tribunal, que se portent les oppositions (145). Le jugement qui intervient est sujet à appel, mais les procédures en sont sommaires et ont la préséance (146).

☞ Par le jugement, l'opposant, autre que le père ou la mère, peut être condamné aux dépens; et est en outre passible des dommages-intérêts que l'opposition peut avoir occasionnés aux parties (147).

CHAPITRE IV.

DES DEMANDES EN NULLITÉ DE MARIAGE.

L'inexécution des conditions imposées par la loi au mariage donne lieu à des demandes en nullité. Le présent chapitre indique ces nullités, ceux qui peuvent s'en prévaloir et la manière de les demander.

Si le vice provient de ce que le consentement des époux n'a pas été libre, ou a été déterminé par une erreur sur la personne épousée, la nullité ne peut être demandée que par l'époux contraint ou trompé (148), et cette demande doit même être faite, à peine de déchéance, dans les six mois qui ont suivi la cessation de la contrainte ou la découverte de l'erreur (149). Cette dernière disposition (qui limite le droit d'action), copiée du Code Napoléon, (art. 181), est de droit nouveau et n'existait pas dans l'ancienne jurisprudence; aussi l'article qui le contient (149) est-il proposé comme amendement.

Une majorité des Commissaires, pensant que la loi actuelle n'oblige pas l'époux qui a découvert l'erreur à se pourvoir immédiatement, mais lui permet de le faire tant qu'il n'a pas acquiescé autrement que par la cohabitation continuée, est d'avis que, dans l'intérêt des mœurs et de la société, il est convenable de mettre un terme défini et prochain au droit de demander la nullité; mais elle croit en même temps que, dans beaucoup de circonstances, l'obligation d'agir sans délai peut entraîner la perte du droit impor-

tant que l'on reconnaît ; six mois ont paru suffisants, mais non excessifs. C'est pour ces considérations qui s'appliquent également au cas du défaut de liberté, auquel l'article s'étend aussi, que l'ancien droit a été changé par cette majorité, contre l'opinion de l'autre Commissaire qui pense, pour les raisons contenues dans son rapport déjà mentionné, qu'il serait mieux d'omettre l'article entièrement.

Si le mariage a été contracté sans les consentements requis, il ne peut être attaqué que par ceux dont le consentement aurait dû être obtenu (150) ; même sont-ils déchus de ce droit, s'il y a eu de leur part approbation du mariage, ou s'ils ont laissé écouler six mois sans se plaindre (151) ; cette limitation est encore de droit nouveau ; elle n'existait pas dans l'ancienne jurisprudence, mais elle a été adoptée par le Code Napoléon (art. 183). Les Commissaires considèrent ce changement comme une grande amélioration sur l'ancien droit, et proposent le présent article en amendement.

Un dernier paragraphe qu'il contenait et qui est aussi de droit nouveau, a été retranché, parceque les Commissaires s'en tiennent à l'ancienne règle, d'après laquelle le mariage ne peut jamais être attaqué par les époux qui l'ont contracté sans obtenir les consentements requis.

Le mariage contracté avant l'âge légal (115), ou entre des parents ou alliés entre qui la loi le défend, (124, 125 et 126), peut être attaqué par les époux et par tous ceux qui y ont intérêt (152) ; cependant la nullité fondée sur le défaut d'âge (115) se couvre par l'expiration de six mois depuis que l'époux ou les époux ont acquis cet âge, ou par la grossesse de l'épouse avant ces six mois (153), et même ceux qui ont droit de s'opposer à ce mariage ne peuvent l'attaquer s'ils y ont consenti (154), ou si l'intérêt qu'ils y ont n'est que prospectif et incertain ; il faut que cet intérêt soit né et actuel (155) mais ceux qui ont un tel intérêt, peuvent attaquer tout mariage qui n'a pas été célébré publiquement ou devant le fonctionnaire compétent (156).

Quant aux formalités antérieures au mariage (telles que la

publication des bans, ou, à son défaut, l'obtention de la licence ou dispense requise pour la remplacer, ou bien l'observation des intervalles voulus), leur omission ne le rend pas nul ; elle ne donne lieu qu'à une amende contre le fonctionnaire qui l'a célébré (157). La même amende est également encourue par tel fonctionnaire pour toute infraction aux prescriptions du présent titre (158).

Ces dispositions, prises des articles 192 et 193 du Code Napoléon, sont de droit nouveau. Elles ont cependant paru à une majorité des Commissaires utiles pour obtenir des fonctionnaires l'exécution des importants devoirs que leur impose le présent titre.

L'imposition d'une amende pécuniaire comme sanction d'une loi civile, ne comporte rien dans l'opinion de cette majorité qui ne soit d'un caractère purement civil, et partant ne lui paraît pas être ici déplacée.

C'est pour ces raisons que ces deux articles ont été adoptés par deux des Commissaires, en amendement à la loi actuelle et contre l'avis de l'autre, qui a dû renouveler ici l'objection déjà faite aux articles 53 et 66 du titre 2.

Celui qui réclame le titre d'époux et les effets civils du mariage, doit en prouver l'existence ; ce qu'il ne peut faire qu'en produisant l'acte de célébration, s'il en existe, sinon, en le prouvant suivant qu'il est réglé au titre 2, art. 51, (159), obligation à laquelle il est tenu même dans le cas où il aurait en sa faveur la possession d'état comme époux (160).

Cette possession d'état suffit pourtant aux enfants, pour établir qu'ils sont légitimes, quand leur père et mère sont décédés, quoiqu'on ne présente pas l'acte de leur mariage, pourvu que la légitimité de ces enfants, publiquement admise, ne soit pas contredite par leur acte de naissance (162).

Lorsque l'acte de mariage est représenté et que la possession d'état y est conforme, les époux ne peuvent en demander la nullité (161).

Le mariage contracté de bonne foi, quoique déclaré nul, produit les effets civils à l'égard des époux et des enfants

(163), ou à l'égard d'un des époux et des enfants, si cet époux était seul de bonne foi. (164).

CHAPITRE V.

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DU MARIAGE.

La principale des obligations résultant du mariage est celle de nourrir et élever les enfants qui en naissent (165) ; mais cette obligation ne s'étend pas plus loin. Un article préparé pour dire que les père et mère ne pourraient être forcés à pourvoir à l'établissement de leurs enfants, a été omis comme inutile. De leur côté, les enfants doivent des aliments à leurs père, mère et autres ascendants qui sont dans le besoin (166).

Cette obligation s'étend aux gendres et aux belles-filles, mais cesse quand la belle-mère se remarie, et aussi, lorsque celui des époux, à l'occasion duquel les aliments étaient dus, est décédé et qu'il n'y a pas d'enfants nés de son union avec l'autre ; dans ce cas le lien est considéré comme entièrement rompu (167). Au reste, ces obligations sont réciproques (168), et ne s'accomplissent que dans la proportion des besoins de celui qui réclame, et des moyens de celui qui doit (169) ; le changement sous ce rapport dans les circonstances respectives des parties autorisées à demander la suppression entière ou la réduction de la pension alimentaire d'abord fixée (170). Le tribunal peut même en libérer celui qui la doit, s'il ne peut la payer convenablement, en lui ordonnant de recevoir et entretenir chez lui celui à qui elle est due (171). Dans le cas où c'est le père ou la mère qui doit les aliments, quoique capables de les fournir, le tribunal peut les en dispenser, en leur permettant de recevoir chez eux l'enfant auquel ils sont dus (172).

CHAPITRE VI.

DES DROITS ET DES DEVOIRS RESPECTIFS DES ÉPOUX.

Les époux se doivent fidélité, secours et assistance (173) ; le mari doit protéger sa femme, et la femme obéir à son mari

(174) ; elle doit le suivre partout où il juge à propos de résider et lui, la recevoir et la traiter convenablement (175).

La disposition qui oblige la femme à suivre son mari partout où il veut résider, et par implication, même en pays étranger, conforme à l'article 214 du Code Napoléon, avait d'abord été adoptée comme amendement à la loi actuelle ; mais sur considération ultérieure, l'on s'est convaincu que cette règle, d'après le droit civil, est générale et absolue ; que l'exception quant au pays étranger que l'on faisait autrefois, si elle existe réellement, est fondée sur le droit public et ne soulève qu'une question d'allégeance, savoir : si le mari peut forcer sa femme à la changer et à abdiquer sa patrie ; question étrangère au droit civil, et par conséquent à notre code, et dont la solution, ainsi qu'il fut dit dans les discussions au conseil d'état, " doit être abandonnée aux mœurs et aux circonstances." C'est pour ces raisons que l'article est proposé comme conforme à la loi actuelle.

Par suite de l'autorité maritale, la femme ne peut poursuivre ou être poursuivie sans l'autorisation ou l'assistance de son mari, quand même elle serait marchande publique. Cependant celle qui est séparée de biens ou non commune peut ester en jugement pour les cas où il s'agit de simple administration (176). La première partie de cet article est conforme à l'ancienne jurisprudence et au droit nouveau (Code Napoléon 215) ; mais la seconde (celle relative à la femme séparée ou non commune), d'accord avec l'ancien droit, diffère du nouveau, lequel met la femme qui est dans l'une ou l'autre de ces positions, sur le même pied que la marchande publique.

Pothier, Puiss. Marit. 61—*C. Paris*, 224.—Les Commissaires ont cru, pour les raisons exposées par Pothier, devoir s'en tenir à l'ancienne règle qui établit une différence entre la femme marchande et celle qui est séparée de biens ou non commune.

La femme mariée ne peut disposer de ses biens (si ce n'est par testament qu'elle peut faire seule, (art. 684), ni acquérir,

ni contracter, ni s'obliger sans le concours du mari ou son consentement ; cependant, celle qui est séparée ou *non commune*, peut faire seule tous les actes de simple administration (177).

Cette dernière disposition est sans difficulté, l'ancien droit (Cout. Paris, 234), ainsi que le nouveau (Code Napoléon 217), permettant à la femme non commune tous actes relatifs à l'administration de ses biens. Quant à la partie de l'article relative à celle qui n'a ni l'une ni l'autre de ces qualités, elle a été rédigée de manière à l'empêcher de se prêter à l'interprétation donnée autrefois à l'article 234 de la Coutume de Paris, interprétation d'après laquelle l'autorisation devait être formelle et en propres termes. Cette rigueur a été regardée comme inutile, et d'après notre article, imité du Code Napoléon (217), le concours ou le consentement du mari à l'acte est suffisant, de quelque manière qu'il y soit exprimé.

Les Commissaires, regardant comme outrées et sans motifs les exigences de l'ancienne jurisprudence, proposent leur article comme conforme à la loi actuelle.

Au cas où le mari refuse, sans juste cause, l'autorisation d'ester en jugement, ou de contracter, elle peut être suppléée par celle du juge (178).

La femme marchande publique peut se passer de cette autorisation pour les actes de son commerce, lesquels lient le mari s'il y a communauté (179). Si ce dernier est incapable ou absent, l'autorisation, dans le cas où elle est requise, s'obtient en justice (180). L'autorisation générale accordée par le contrat de mariage ne vaut que quant à l'administration des biens (181). Le mari mineur est compétent à autoriser sa femme majeure ; si elle est mineure, l'autorisation du mari majeur ou mineur ne vaut que dans le cas de simple administration (182). Ce pouvoir du mari mineur est conforme au droit ancien, qui est changé par le code Napoléon, lequel (art. 224) requiert l'intervention du juge ; règle nouvelle, à laquelle l'ancienne a été préférée comme plus d'accord avec les principes sur l'autorité maritale et avec les motifs sur les-

quels est fondée la nécessité de l'autorisation. L'acte où cette autorisation manque est absolument nul ; nullité que peuvent invoquer tous ceux qui ont intérêt à le faire (183). Telle est la disposition de l'ancien droit, que l'on croit devoir maintenir, quoique l'on y ait dérogé par le Code Napoléon (art. 225), en restreignant au mari, à la femme et à leurs héritiers, le droit de se prévaloir de cette nullité.

L'on ne voit aucune bonne raison d'adopter ce changement qui est contraire aux vrais principes, et qui est repoussé par l'ancienne jurisprudence et par la nôtre.

Comme il a déjà été dit (sur l'article 177) la femme n'a pas besoin de l'autorisation maritale pour tester (184).

CHAPITRE VII.

DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE.

Le lien du mariage n'est dissout que par la mort naturelle (185). Suivant le Code Napoléon il pouvait l'être, en outre, par le divorce et par la mort civile (art. 227). Le divorce n'existe plus en France : il y a été aboli depuis longtemps (1816). Ce n'est que récemment qu'il a été reconnu en Angleterre comme faisant partie du droit civil, et qu'on y a établi un tribunal spécial pour en connaître. Avant cette époque, le parlement seul pouvait prononcer le divorce, et pour chaque cas il fallait une loi particulière ; ce qui prouve que cette institution ne faisait pas partie des lois du pays.

Nous sommes ici actuellement dans la même position où l'on était en Angleterre avant la passation du statut précité.

Nos lois civiles ne reconnaissent pas l'existence du divorce ; cependant, à l'instar du parlement anglais ci-devant, notre législature s'est considérée autorisée à le prononcer dans les cas particuliers qui lui ont été soumis, pour chacun desquels elle a passé une loi spéciale applicable exclusivement aux époux concernés. Il est donc vrai de dire que notre droit civil ne reconnaît pas le divorce pour une des causes de dissolution du mariage, et que tout ce qui y est relatif est étranger à notre travail.

Quant à la mort civile, qui a aussi été abolie en France (1854), le code a encore innové en lui reconnaissant l'effet de dissoudre le mariage. D'après l'ancienne jurisprudence, elle en faisait bien cesser les effets civils, et donnait ouverture à certains droits résultant de la loi ou des conventions en faveur de l'autre époux ; mais jamais elle n'a reconnu à ce dernier le droit de se remarier du vivant de son conjoint.

Pour ces raisons, l'innovation introduite, sous ce rapport, par le Code Napoléon, n'a pas été suivie, et la mort naturelle est demeurée la seule cause qui puisse rompre le lien du mariage.

TITRE CINQUIEME.

DU MARIAGE.

RAPPORT DE M. LE COM. DAY. | L'article 127 exige que le mariage soit toujours célébré *publiquement*, et cette expression, suivant les commentateurs signifie que le mariage doit se faire *en face de l'Eglise*. Je ne puis admettre une rédaction qui prêterait à une semblable interprétation de l'article dont il s'agit, de manière à établir une règle contraire à l'usage constant et reconnu de toutes les dénominations protestantes, à l'exception de l'Eglise d'Angleterre.

A cette exception près, les mariages, chez les protestants, sont rarement célébrés dans leurs églises. Je pense que l'article devrait être omis ou modifié de manière à ne requérir que la présence de témoins.

L'objection à l'article 149 qui change la loi en force, ne s'applique qu'à cette partie qui donne à celui des conjoints qui est dans l'erreur relativement à l'autre, six mois à compter de la découverte de son erreur, pour intenter sa demande en nullité de ce mariage. L'octroi d'un temps fixe après la découverte de l'erreur, me semble dangereux. Je laisserais donc la règle telle qu'elle existe, en obligeant la partie à poursuivre son recours avec toute la diligence possible, après qu'elle a découvert son erreur.

Les articles 157 et 158 infligent des pénalités ; l'objection

[ARTICLE 115.]

faite à ces articles repose sur les mêmes motifs que celle aux articles 16 et 29 du second titre. De plus, ces articles sont une innovation à la loi en force, et indépendamment de la première objection, je ne puis adhérer à la nouvelle règle qu'ils introduisent, la considérant comme inopportune.

115. L'homme, avant quatorze ans révolus, la femme, avant douze ans révolus, ne peuvent contracter mariage.	115. A man cannot contract marriage before the full age of fourteen years, nor a woman before the full age of twelve years.
--	--

* *Pothier, mariage*, } La procréation des enfans étant la
 No. 94. } fin principale du mariage, c'est une
 conséquence que ceux qui ne sont pas habiles à la génération,
 et par conséquent les impubères, ne sont pas habiles au ma-
 riage : *Iustus nuptias contrahunt masculi quidem puberes,*
fæminæ verò viripotentes.—*Inst. tit. de nupt.*

La loi a fixé l'âge auquel la puberté est présumée, à celui de quatorze ans accomplis pour les garçons, et de douze ans accomplis pour les filles. (Inst. lib. 1, tit. 22.)

Une personne avant cet âge est présumée impubère, et le mariage qu'elle contracterait n'est pas en conséquence valable.

Néanmoins, si la vigueur avait devancé l'âge en cette personne, et qu'elle eût donné des preuves de puberté, *putà*, si une jeune fille, mariée avant l'âge de douze ans, était devenue grosse, le mariage serait valable ; car le défaut de l'âge ne forme un empêchement de mariage, qu'autant qu'il forme une présomption de défaut de puberté ; mais dans cette espèce, la présomption est détruite par le fait et la preuve que cette jeune personne a donnée de sa puberté.

C'est ce qui a été jugé par un arrêt, rapporté par Bouguier, à l'égard d'une jeune veuve de douze ans et neuf mois. Les héritiers du mari avaient attaqué de nullité son mariage,

[ARTICLE 115.]

comme fait avant l'âge, et lui avait contesté toutes ses conventions matrimoniales.

M. Bouguier, rapporte qu'on avait opposé un arrêt contraire ; mais il observe que dans l'espèce de l'arrêt opposé, la veuve n'avait pas prouvé la consommation de son mariage. La décision de l'arrêt rapporté par Bouguier, est conforme à celle du Pape Alexandre III, *cap. de illis* 9, *ext de desp. imp.* où dans l'espèce d'un mariage contracté entre de jeunes personnes au-dessous de l'âge ordinaire de la puberté, le Pape dit : *Si ita fuerint ætati proximi, quod potuerint copula carnali conjungi, minoris ætatis intuitu separari non debent, quàm in eis ætatem supplevisse malitia videtur.*

* *Institutes*, L. 1, T. X, } Justas autem nuptias inter se Cives
 de Nuptiis. } Romani contrahunt, qui secundum
 præcepta legum coeunt; masculi quidem puberes, fœminæ
 autem viri potentes, sive patres familiarum sint, sive filii
 familiarum : dùm tamen, si filii familiarum sint, consensum
 habeant parentum, quorum in potestate sunt.

* *C. N.*, 144. } L'homme, avant dix huit ans révolus, la
 } femme avant quinze ans, aussi révolus, ne
 peuvent contracter mariage.

3 *Pand. franc.*, p. 138, } [35.] Cette disposition, quant à la
 sous l'art. 144 C. N. } fixation de l'âge, est purement de
 droit positif : quant au principe sur lequel elle porte, elle est
 de droit naturel. La puberté a toujours été la première con-
 dition requise, pour pouvoir contracter mariage. La raison
 est que la fin, le but du mariage, est la procréation des en-
 fans. Il faut donc avoir la faculté de se reproduire, pour
 pouvoir se marier. Mais la nature n'observe pas de règle fixe
 pour opérer la puberté. Elle se manifeste, dans les diverses
 sujets, plutôt ou plus tard, suivant les tempéramens, et même
 souvent, suivant la régularité, ou les vices de l'éducation.

[ARTICLE 115.]

C'est, d'après les variations de la nature, dans l'époque de la puberté, que les Jurisconsultes Romains de l'Ecole des Sabinieniens, voulaient que l'on s'en assurât par l'inspection du corps. Mais, comme cette visite était contraire aux bonnes mœurs, les Proculéiens la rejetaient, et ils voulaient que l'époque de la puberté fût fixée d'une manière uniforme, suivant ce qui arrive le plus communément dans l'ordre naturel. C'est d'après cette règle qu'ils enseignaient que les hommes pouvaient contracter mariage de quatorze à quinze ans, et les femmes de douze à treize ; c'est-à-dire, à quatorze ans accomplis, pour les premiers, et à douze ans aussi accomplis, pour les filles.

[36.] Il est évident, que cette fixation dépend absolument de la loi civile. La nôtre, se rapproche d'avantage de l'usage ; car, on profitait rarement de la faculté de marier les garçons à quatorze ans, et les filles à douze. Le code civil, même, s'est conformé à l'opinion des Jurisconsultes Romains ; car, comme nous l'avons vu plus haut, la puberté, à quatorze, ou à douze ans n'était que commencée. Elle n'était complétée qu'à dix sept ans accomplis, pour les hommes ; et à quinze ans, pour les filles. Or, il est avantageux pour la société, comme on l'a très bien remarqué, lors des discussions au Conseil, tant pour l'administration des familles, que pour la bonne constitution des enfans, de ne permettre le mariage que quand la puberté est parfaite.

* 1 *Toullier*, p. 421, } [498.] Le but du mariage est la pro-
 cité par Dard. } création des enfans et la propaga-
 tion de l'espèce. Les impubères n'ont donc pas les qualités
 requises par la nature pour contracter un mariage légitime.

Mais l'âge de puberté varie suivant les différens climats, et sous le même climat il varie dans les individus, selon leur genre d'éducation, selon le lieu qu'ils habitent dans leur enfance ; il est cependant nécessaire d'établir une règle uniforme et gé-

[ARTICLE 116]

nérale sur l'âge auquel les hommes peuvent contracter mariage. Le droit romain et le droit canonique dont les dispositions étaient suivies en France, avaient fixé cet âge à quatorze ans accomplis pour les garçons et à douze ans aussi accomplis pour les filles.

[499.] La loi du 28 Septembre 1791 l'avait reculé d'une année et fixé à quinze ans pour les garçons et à treize ans pour les filles.

On pensa, au Conseil d'Etat, que la règle du droit romain et canonique, originairement établie pour la Grèce et pour l'Italie, convenait moins à nos climats septentrionaux. On invoqua la règle établie en Prusse. Suivant le code prussien (Titre du mariage, No 37), les hommes ne peuvent se marier avant l'âge de dix-huit ans accomplis, et les filles avant quatorze ans aussi accomplis.

On recula encore ce terme d'une année pour les filles, et, par l'art. 144, " l'homme, avant dix-huit ans revolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage. "

L'ancienne règle nous semble mieux assortie aux climats, par exemple du Languedoc et de la Provence, que celle qu'on suit sur les bords glacés de la Baltique et de la Vistule. Bonaparte ne craignit point d'affirmer au Conseil d'Etat qu'il est impossible de ne pas permettre aux filles françaises nées dans les Indes de se marier avant quinze ans, et il fut dit qu'il est nécessaire de faire au code les exceptions qu'exige la différence du climat et des habitudes, dans ces contrées séparées du continent, le raisonnement s'applique à nos provinces méridionales.

* C. N., 144. } Cité *suprà* avant les Pand. Fran.

116. Il n'y a point de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement.	116. There is no marriage when there is no consent.
---	---

[ARTICLE 116.]

* *Pothier, Mariage, Nos.* } [92.] Il est évident que ceux qui
 92, 93, 227, 307. } sont entièrement privés de l'usage
 de la raison, soit par folie, soit par imbécillité, sont absolument
 incapables de contracter mariage, puisqu'ils sont incapables
 de donner un consentement qui est de l'essence du mariage,
 de même que de tous les autres contrats.

Lorsque la folie d'une personne a des intervalles lucides, cette personne ayant pendant ce temps l'usage de la raison, il n'est pas douteux que le mariage qu'elle contracterait pendant ce temps, serait valable.

Observons, que lorsqu'il est justifié que la folie de la personne dont on attaque le mariage, a commencé avant son mariage, et continué depuis, c'est à la partie qui oppose que la folie avait des intervalles, à justifier de ces intervalles lucides.

On ne doit pas regarder comme une folie qui rende incapable de contracter mariage, celle d'une personne dont l'imagination n'est blessée que sur un point, et qui, sur-tout le reste, fait usage de sa raison, tel qu'était cet homme dont parle Horace.

Fuit haud ignobilis Argis

Qui se credebat miros audire tragædos,
 In vacuo lætus sessor, plausorque theatro
 Cætera qui vitæ servabat munia recto,
 More.

[93.] Il ne faut pas non plus mettre au rang des personnes privées de l'usage de la raison, les sourds et muets de naissance. Ces personnes, non seulement jouissent de leur raison, mais elles font entendre par des signes leurs pensées, et on leur fait pareillement entendre par des signes ce qu'on veut leur faire entendre ; c'est pourquoi, pouvant faire entendre le consentement qu'elles donneraient à un mariage, elles ne sont point incapables de le contracter. Innocent III l'a décidé de cette manière, au chap. *cum apud* 23, *ext de*

[ARTICLE 116.]

Spons ; et la cour l'a jugé par un Arrêt du 16 Janvier 1658, rapporté par Soefve.

[225.] Le rapt formait autrefois un empêchement dirimant de mariage entre le ravisseur et la personne ravie, qui était perpétuel, et durait, soit qu'elle fût encore, soit qu'elle eût cessée d'être en la puissance du ravisseur.

Justinien, *L. un. Cod. de rapt. virg.* dit : *nec sit facultas raptæ virginis vel viduæ raptorem ut suum sibi maritum exposcere... nullo modo, nullo tempore datur licentia, etc.*

Les capitulaires de Charlemagne ordonnent pareillement que celui qui a ravi une fille, *numquam illam uxorem habeat*, VI, 60 ; *eas nullatenus habeant uxores*, VII, 395.

Le concile de Pavie, *Ticinense cap. 10*, tenu en 850, dit aussi *Puellæ ipsis à quibus raptæ sunt, legitimæ demùm uxores nullatenus esse possunt.*

[226] Depuis, la discipline a changé. Innocent III décide que la personne ravie peut contracter mariage avec le ravisseur, si elle se détermine librement à y consentir ; *Cap. 7, extr. de raptoribus.*

[227.] Le Concile de Trente a pris un parti mitoyen ; il ne permet pas le mariage entre la personne ravie et le ravisseur, tant qu'elle est en sa puissance, quelque consentement qu'elle y donne : *S. Synodus decrevit, inter raptorem et raptam, quamdiù ipsa in potestate raptoris manserit, nullum posse consistere matrimonium* : et en cela il corrige le droit des Décrétales ; mais il permet ce mariage, lorsque la personne ravie le contracte après qu'elle a cessé d'être en la puissance du ravisseur, à *raptore separata et in loco tuto constituta* ; et en cela, il s'écarte de la rigueur de l'ancien droit.

Notre droit est conforme en ce point à la discipline du Concile de Trente. L'ordonnance de 1639, art. 5, déclare “ nuls les mariages faits avec ceux qui ont ravi des veuves, “ ou filles de quelqu'âge ou condition qu'elles soient, sans “ que par le temps, ni par le consentement des personnes ra-

[ARTICLE 116.]

“vies, de leur père et mère, tuteurs, ils puissent être confir
“més, *tandis* que les personnes ravies sont en la puissance
“du ravisseur.”

[307.] Le mariage étant un contrat, ne peut de même que tous les autres contrats, être formé que par le consentement des parties.

Les choses qui sont directement contraires à ce consentement, et qui le détruisent, sont donc des empêchements dirimans du mariage, qui empêchent qu'il ne puisse être valablement contracté.

“ Ces choses qui détruisent le consentement, sont l'erreur, la violence et la séduction.

* 3 *Pand. Franç.*, pp. 141 } [38.] Le mariage étant un con-
et suiv. } trat ; il doit, comme tous les au-
tres, être formé par consentement. Aussi, avons-nous vu dans
les principes généraux, que la deuxième condition requise,
pour la validité du mariage, est le consentement des parties.

Il suit de là, que les causes qui détruisent le consentement, comme la violence, l'erreur et la séduction, empêchent le mariage d'exister.

§. I. *De la violence* [39.] Nous avons mis la violence, au nombre des causes qui détruisent le consentement nécessaire pour la validité du mariage. Cependant, la crainte, quelle qu'elle soit, n'anéantit pas entièrement la volonté. Celui qui fait quelque chose par crainte, compare le danger du refus, avec le salut qu'il obtient en cédant, et il se détermine pour ce dernier parti. Par conséquent, ce qu'il fait, quoique par crainte, est un acte réfléchi de sa volonté. *Qui mavult, vult* : et c'est en ce sens que les lois Romaines disent : *Coacta voluntas, est voluntas : volui quia coactus volui* (L. 21, § 5, ff., quod metus caus.) Une volonté contrainte est une volonté. J'ai voulu, parce que j'ai voulu, pour me sauver du danger.

Mais la crainte gêne la liberté du consentement. Celui

[ARTICLE 116.]

qui cède par crainte, a deux volontés, qui concourent ensemble ; l'une, qui lui est propre, qu'il suivrait, s'il n'était pas contraint ; c'est la volonté de ne pas faire ce à quoi il est forcé : l'autre, qui lui est inspirée par la crainte ; et à laquelle il obéit pour éviter un grand danger ; d'où il résulte qu'il n'agit pas librement. C'est ce qui fait dire aux Jurisconsultes Romains : que rien n'est si contraire au consentement libre, que la crainte et la violence (*nihil tam contrarium est consensui, quàm vis et metus*. (L. 116, ff., de Reg. Jur.)

Or, le consentement nécessaire pour la validité du mariage, est un consentement parfait, un consentement libre et spontané. Donc le consentement, extorqué par la violence, n'est pas suffisant ; car la contrainte est incompatible avec la liberté.

Donc, quoiqu'il soit vrai en fait, que celui qui se marie par contrainte, donne une espèce de consentement ; qu'il y a une sorte de volonté de contracter le mariage, cette volonté n'est pas telle qu'elle doit être. Le mariage n'est pas valablement contracté ; parce qu'il est vrai de dire en droit, qu'il n'y a pas eu de consentement.

[40.] Cependant toute espèce de contrainte ne suffit pas, pour opérer la nullité du mariage. Il faut qu'il y ait eu violence. Il faut que la violence ait été grave ; *atroce*, suivant l'expression des lois ; et contraire aux bonnes mœurs. (*Vis atrox, et adversus bonos-mores*. L. 3, § 1, ff., *quod metus caus.*) Il faut que la crainte, inspirée par la violence, ait été telle, qu'elle ait pu faire impression sur une âme ferme. (*Si talis metus inveniatur illatus, qui potuit cadere in constantem virum*. Cap. 28, extr. de Sponsalib.) Il faut, en conséquence, que l'on ait été menacé d'un grand mal ; et exposé à l'endurer sur le champ. (*Metum præsentem esse oportet ; non suspicionem inferendi ejus*. L. 9, ff., *quod metus caus.*) Des menaces vagues, qui n'auraient pas exposé à un danger présent, ne seraient pas une cause suffisante pour annuler le mariage.

[ARTICLE 116.]

Lorsque la violence, par laquelle on a été contraint à contracter un mariage, est telle que nous venons de la décrire, il n'importe par qui elle a été employée. Quoiqu'elle l'ait été par le père, le mariage n'en est pas moins nul ; parce qu'un père n'a pas le droit de contraindre ses enfans à un mariage, auquel ils ne consentent point. Le père doit consentir au mariage ; mais il n'en est pas moins nécessaire que la volonté des enfans concoure avec la sienne. (*Nuptiæ consistere non possunt, nisi consentiant omnes ; id est qui coeunt, quorumque in potestata sunt. L. 2, ff., de Ritu nupt. Consensus contrahentium maximè requiritur, ad nuptiarum substantiam. Paul. lib. 35, ad edict.*) Celle du père seul ne suffit pas pour former le contrat.

C'est, dans ce cas surtout, que la violence employée par le père, pour contraindre un enfant à un mariage, doit être une violence, qui consiste dans des faits atroces, et contraires aux bonnes mœurs. (*Non cogitur filius familias uxorem ducere. L. 21, eod. Adde, leg. 14, Cod. de Nupt.*) ; car, si le père n'a fait qu'employer son autorité, même la sévérité, en sorte que la crainte qui a déterminé l'enfant au mariage qu'il ne voulait point faire, n'ait été que la crainte révérentielle de déplaire à son père, d'encourir son indignation, il n'y a point ce que les lois appellent violence : et quoiqu'elles disent que, dans ce cas, le mariage est contraint, il n'est pas nul. (*Si, patre cogente, ducit uxorem quam non duceret, si sui arbitrii esset, contraxit tamen matrimonium, quod inter invitos non contrahitur, maluisse hoc videtur. L. 22, ff., de Ritu nupt.*)

M. Pothier met au nombre des cas de contrainte qui ne sont pas contraires aux bonnes mœurs, le décret de prise de corps décerné contre un homme qui aurait séduit une jeune fille, et qui l'aurait épousée, pour éviter les suites. (Traité du contrat de mariage, part. 4, chap. 1, art. 2, N° 316) ; mais ce cas ne peut plus arriver dans notre législation actuelle, qui ne punit pas cette sorte de séduction. En conséquence, il

[ARTICLE 116.]

n'est pas douteux que la violence de fait, que les parents auraient employée pour forcer l'homme au mariage, en opérerait la nullité.

Observez néanmoins que, lors des discussions du code civil, au conseil, il a été mis en question, si on ne rétablirait pas les peines prononcées par les lois anciennes, contre le sujet de séduction. Cette question est restée indécise. Si cela arrivait, l'avis de M. Pothier reprendrait toute sa force. Il faudrait dire, avec lui, que l'homme qui aurait épousé la jeune fille qu'il aurait séduite, pour éviter les suites d'une poursuite criminelle, n'aurait point éprouvé une violence illégitime, et contraire aux bonnes mœurs, puisque comme le dit M. Pothier, cette poursuite serait une voie de droit.

Dans cette hypothèse, néanmoins, les parens de la fille séduite, ne pourraient employer que la contrainte légale, résultant de la poursuite criminelle. Ils ne pourraient pas employer la violence de fait. Ils seraient répréhensibles et pourraient être punis suivant les circonstances. Mais l'homme qui demanderait la nullité du mariage, sur le fondement de cette violence, pourrait être repoussé sur le motif de son propre délit, *per replicationem* ; suivant la maxime *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*.

[41.] L'effet de la contrainte, ayant les qualités que nous avons exposées ci-dessus, est de donner à celui qui en a été l'objet, la faculté de demander la nullité du mariage, qu'il a été forcé de contracter.

Suivant notre ancienne jurisprudence, il pouvait user de cette faculté pendant un temps assez long ; et même, quoiqu'il y eût des enfans nés de ce mariage. Ce temps n'était pas réglé. Soëfve rapporte un arrêt du Parlement de Paris, de 26 avril 1651, qui se trouve aussi au journal des audiences, par lequel un mariage a été déclaré nul, pour cause de contrainte, quoique la partie qui se plaignait d'avoir été forcée, ne se fût pourvue qu'après trois ans de cohabitation, et

[ARTICLE 116.]

qu'il y eût des enfans nés de cette union. M. Pothier cite aussi cet arrêt. (Traité du contrat de mariage, N. 348.) D'après le code civil, cette action doit être donnée dans les six mois, à compter du moment où la partie a recouvré sa liberté ; ou à compter de celui où l'erreur a été reconnue (art. 175.)

L'enfant qui a été contraint par la violence de son père, à contracter un mariage, a-t-il recouvré sa liberté, aussitôt que le mariage est fait ?

On dira, pour l'affirmative, que la violence a cessé avec le mariage, qui en a été l'effet ; qu'en conséquence rien n'empêche plus l'enfant de réclamer.

On répondra, avec plus de raison, pour la négative, qu'en faisant prononcer la nullité du mariage, l'enfant rallumerait la colère de son père ; qu'il s'exposerait à de nouvelles violences, pires que les premières ; et qu'en conséquence, il ne peut être censé avoir recouvré sa liberté, que du moment où il ne risque plus de retomber sous la puissance de son père. Tel est, par exemple, l'époque de sa majorité.

§ II. *De la séduction.* [42.] La séduction, comme la violence, ne détruit pas absolument le consentement ; mais elle le rend imparfait, et incapable de donner de la force au contrat.

La séduction ne peut exister que de la part d'un des deux conjoints ; car, les conseils que les père et mère, ou des tiers, ont donnés, et qui ont porté une personne à contracter un mariage, ne sont point une séduction, capable de l'annuller.

Les faits, qui constituent la séduction, ne peuvent guère se définir. Leur effet dépend des circonstances.

[43.] Elle se présume, de droit, lorsqu'un mineur s'est marié, sans le consentement de ses père et mère, tuteur ou curateur ; et, dans ce cas, le mariage est déclaré nul ; soit sur la demande de ceux dont le consentement était requis ; soit même sur celle du mineur séduit.

Cela a lieu, même dans le cas auquel un mineur se serait marié ainsi, sans le consentement de ses père et mère,

[ARTICLE 116.]

ou de sa famille, hors de France ; dans un pays, où cette présomption n'est pas admise, et où le consentement des parens n'est pas nécessaire pour le mariage des mineurs. La raison est, que les lois, qui règlent la capacité pour le mariage sont des statuts personnels, qui suivent les personnes partout.

Cette présomption n'a point lieu à l'égard de ceux qui ont acquis la majorité, par laquelle ils sont affranchis de la nécessité du consentement de leurs parens.

§ III. *De l'erreur.* [44.] L'erreur, à la différence de la violence et de la séduction, détruit absolument le consentement. Il est évident que si, voulant épouser Jeanne, j'ai épousé Nicolle qui s'est fait passer pour Jeanne, je n'ai point consenti à mon mariage avec Nicolle, puisque je ne voulais donner mon consentement qu'en faveur de Jeanne.

Il suit de là, qu'il n'y a que l'erreur qui tombe sur la personne qu'on se propose d'épouser, qui détruit le consentement nécessaire pour la validité du mariage. Ce consentement doit être *duorum, in idem placitum, consensus*. Or, ce concours de volontés, pour le même objet, ne se rencontre pas, quand il y a erreur sur la personne. Dans l'espèce proposée, par exemple, Nicolle a bien voulu m'épouser ; mais il n'en est pas de même à mon égard. Je n'ai point voulu épouser Nicolle. Nos deux volontés n'ont donc pas concouru, pour le même objet. Donc il n'y a pas, ni ne peut y avoir de mariage.

Cette décision est vraie ; et l'on doit la suivre, quand même il serait constant que j'eusse volontiers épousé Nicolle, si j'eusse su que c'était elle qu'on voulait me donner, et qu'on me présentait. La raison est, qu'il ne suffit pas que j'eusse consenti, si un fait, que j'ignorais, m'eût été connu. Il faut que j'aie voulu effectivement. Le consentement doit être déterminé pour une certaine personne (*consensus debet esse determinatus, Papin. lib. 4, respons*). Or, dans l'espèce proposée, mon consentement n'a point été déterminé pour Nicolle, puisque je comptais le donner en faveur de Jeanne.

[ARTICLE 116.]

Si, après avoir reconnu mon erreur, j'ai continué d'habiter avec Nicolle, sans réclamer, la nullité est couverte, et je ne pourrai plus l'invoquer. Le temps nécessaire pour opérer cette fin de non recevoir, est réglé par le code civil, à six mois, à compter du moment où l'erreur est reconnue, (art. 175).

[No. 45.] A l'égard de l'erreur qui ne tombe que sur quelque qualité de la personne : elle ne détruit pas le consentement nécessaire, pour la validité du mariage. Elle ne l'empêche pas, par conséquent, d'être valable.

Si, par exemple, j'ai épousé Jeanne, la croyant vertueuse, quoiqu'elle se fût prostitué ; ou la croyant d'une réputation intacte, tandis qu'elle a été flétrie par la justice ; le mariage n'en sera pas moins valable, quoiqu'il soit certain que je n'eusse pas voulu le contracter, si j'eusse eu connaissance de ces faits. Cette décision est fondée sur ce qu'il n'est pas nécessaire que j'eusse voulu l'épouser, si j'avais été plus instruit ; mais qu'il suffit que j'aie en effet voulu l'épouser. Or, l'erreur dans laquelle j'ai été, n'empêche pas que je n'aie réellement consenti à mon union avec elle ; et le mariage, ayant été contracté par mon consentement, est parfait. Il l'est quand même ce serait par le dol de Jeanne que j'aurais été induit en erreur.

La raison est qu'il est de l'essence du mariage qu'il y ait un homme et une femme qui veuillent respectivement s'épouser ; mais il n'est pas de son essence que la personne que j'épouse ait les qualités que je lui suppose. Il suffit qu'elle soit réellement celle que j'ai voulu épouser. (Vanespen, de Nupt. = D'Héricourt, du mariage. = Lacombe, dictr. au même mot. = Pothier, mariage, part 4, ch 1, sect. 1, art. 1, § 2).

[46.] Ce principe, que l'erreur qui ne tombe que sur la qualité de la personne, ne nuit pas à la validité du mariage, avait reçu une exception à l'égard de la servitude. Justinien, par sa Nouvelle 22, déclare nul le mariage contracté avec une femme esclave, crue libre (nov. 22, cap. 10.) Cette exception

[ARTICLE 116.]

avait été adoptée par le droit canonique (Can. si quis 4, caus. 29. quæst. 2, concil. comp. can. 5.) On peut encore la suivre dans nos colonies, et dans les pays où il y a de véritables esclaves.

C'était autrefois une grande difficulté, de savoir si cette exception devait être étendue, à l'état de mort civile, dans lequel se trouvait une personne que l'on avait épousée, la croyant *integræ statûs*. Il n'y a ni loi ni canon qui déclarât nul le mariage contracté dans cette espèce d'erreur. On trouverait des arrêts qui déclaraient valables des mariages contractés avec des personnes dont on ignorait le banissement, et même avec des condamnés aux galères perpétuels. Aujourd'hui, il ne peut y avoir aucun doute sur la nullité, la loi déclarant le mariage dissous par une condamnation emportant mort civile (Code civil, art. 221, §. 3), et le mort civilement incapable de contracter mariage. (Ibid. art. 25, tit. 1.)

§. IV. *Des autres cas où le consentement manque.* [47.] Le consentement étant nécessaire pour former le contrat de mariage, il s'ensuit que ceux qui sont incapables de volonté, sont aussi, par cette raison, incapables du mariage; le consentement étant un acte de volonté.

Ainsi, les furieux, les insensés, les fous, ne peuvent point contracter de mariage, parce qu'ils ne peuvent avoir de volonté. (*Furor contrahi matrimonium non sinit, quia consensu opus est.* (L. 16, §. 2, ff., de Ritu Nupt.) Mais la fureur, ou la démence qui survient depuis le mariage, ne le dissout point (*sed rectè contractum non impedit.* Dict. §. 2.)

Par la même raison, ceux qui ne peuvent manifester leur volonté, sont aussi incapables du mariage; car c'est la même chose de n'avoir pas de volonté, ou de ne pouvoir pas la faire connaître. En conséquence, les sourds-muets étaient autrefois dans l'impossibilité de se marier, parce qu'ils ne pouvaient, d'aucune manière, faire connaître leur consentement.

Les auteurs du code civil avaient compris, dans leur projet, cette infirmité, au nombre des causes qui empêcheraient le

[ARTICLE 117.]

mariage, à moins qu'il ne fût constaté que le sourd-muet était capable de manifester sa volonté. Cette disposition a été retranchée, lors des discussions au conseil, parceque, a-t-on dit, un art presque divin a rendu les sourds-muets à la société ; et leur donne la faculté d'exprimer leur volonté.

Cela est vrai ; mais l'article du projet comprenait ce cas dans son exception, en maintenant un principe constant, que le silence de la loi ne détruit pas. Tous les sourds-muets ne réclament point les secours de cet art admirable, et n'en éprouvent pas les heureux effets. Il y en a encore beaucoup qui ne peuvent se faire entendre d'aucune manière. Il n'est pas douteux que ceux-ci sont incapables de mariage. Pour diverses questions relatives au présent article consultez *Instruct. Dog. Mariage Chrétien*, R. P. Braun.

* *C. N.*, 146. } Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point
de consentement.

117. L'impuissance naturelle ou accidentelle, existant lors du mariage, le rend nul, mais dans le cas seulement où elle est apparente et manifeste.

Cette nullité ne peut être invoquée que par la partie même avec qui l'impuissant a contracté ; elle n'y est plus recevable si elle a laissé passer trois ans sans se plaindre.

117. Impotency, natural or accidental, existing at the time of the marriage, renders it null ; but only if such impotency be apparent and manifest.

This nullity cannot be invoked by any one but the party who has contracted with the impotent person, nor at any time after three years from the marriage.

* *Pothier, Mariage*, 96, } [96.] L'impuissance à la génération
445-458. } est aussi, dans la personne en qui elle
se rencontre, un empêchement dirimant de mariage, qui la rend incapable de contracter aucun mariage.

[ARTICLE 117.]

Quoique l'union des corps ne soit pas précisément et absolument de l'essence du mariage, et que les conjoints par mariage, puissent, d'un commun consentement, s'en abstenir, néanmoins, comme la procréation des enfans, à laquelle on ne peut parvenir sans cette union des corps, est la fin principale du mariage, il faut, pour être capable de mariage, avoir le pouvoir au moins de parvenir à cette union des corps.

Si les impubères sont regardés comme incapables de contracter mariage, parcequ'ils ne sont pas habiles à la génération, quoiqu'ils doivent un jour le devenir, à plus forte raison les impuissans, qui ne peuvent jamais le devenir en sont incapables.

[97]. Pour que l'impuissance soit un empêchement de mariage dans la personne en qui elle se rencontre, il n'importe qu'elle soit de naissance, ou qu'elle lui soit survenue depuis. Par exemple, si à l'occasion de quelque maladie, il avait fallu couper à une personne quelqu'une des parties nécessaires à la génération, cette amputation le rendrait incapable à l'avenir de contracter mariage.

Mais il n'y a qu'une impuissance perpétuelle et incurable, telle que celle qui résulte de la privation de quelqu'une des parties nécessaires à la génération, qui forme un empêchement de mariage ; celle qui n'est que passagère, et dont on peut espérer la guérison ne rend pas la personne en qui elle se rencontre, incapable de mariage.

Quoique la grande vieillesse forme ordinairement, surtout dans les femmes, une impuissance à la génération ; néanmoins, comme il y a quelques exemples, quoique très rares, de personnes qui ont eu des enfans dans un âge très avancé ; cette espèce d'impuissance n'a pas été regardée comme suffisante pour former un empêchement de mariage ; c'est pourquoi les femmes, aussi bien que les hommes, sont dans la plus grande vieillesse, capables de mariage.

[98.] L'impuissance est un empêchement dirimant de mariage, lorsque celui-ci existe au temps auquel le mariage se

[ARTICLE 117.]

contracté ; mais s'il n'est survenu que depuis le mariage, il ne le rompt pas.

[445]. Le vice d'impuissance de l'une des parties qui ont contracté mariage, doit-il être regardé comme vice absolu, ou seulement respectif ? Quoique le vice d'impuissance soit un empêchement dirimant de mariage, pris dans la nature même du mariage, comme nous l'avons vu *suprà*, néanmoins comme ce vice ne fait tort qu'à la partie avec qui l'impuissant a contracté mariage, qui ne peut se faire rendre par l'impuissant le devoir conjugal ; que ce vice, qui est secret, ne peut blesser l'honnêteté publique, il ne doit être regardé que comme un vice respectif ; en conséquence, il n'y a que la partie avec qui l'impuissant a contracté mariage qui soit recevable à intenter la demande en cassation de mariage pour raison de l'empêchement d'impuissance ; et l'impuissant n'est pas reçu à attaquer son mariage pour cause de ce prétendu vice, lorsque la partie, avec qui il a contracté mariage, ne s'en plaint pas.

Observez aussi qu'une partie n'est pas recevable à attaquer son mariage pour cause d'impuissance de l'autre partie, après une cohabitation pendant un grand nombre d'années, surtout lorsqu'il y a eu des enfants baptisés, comme nés de ce mariage, comme l'observa M. l'avocat-général Portail, dans la cause d'un nommé Jourdain, dont le plaidoyer est rapporté au 5e. tome du Journal des Audiences.

[458.] Lorsque la nullité du mariage est demandée pour cause d'impuissance de l'une des parties, le Juge pour en avoir la preuve, ordonne que la partie qu'on dit impuissante, sera visitée par des chirurgiens ou par des matrones.

Autrefois on ordonnait la preuve par le congrès ; mais la Cour par son arrêt de Règlement du 18 Février 1677, a défendu cette espèce de preuve, qui était aussi équivoque, qu'indécente et contraire à la pudeur.

Il suffit aujourd'hui qu'il résulte de la visite, que les par-

[ARTICLE 117.]

ties extérieures sont bien conformées, pour que la personne ne soit pas réputée impuissante.

Si la partie soutenait que le vice d'impuissance ne lui est survenu que depuis le mariage, et qu'en conséquence le mariage est valable, ce serait à elle à le prouver, suivant la règle de droit, *ei incumbit probatio qui dicit* ; L. 2, ff. de probat.

Par le droit des Décrétales, la déclaration que les deux parties après une cohabitation de trois ans, font avec serment sur les Saints Evangiles, qu'elles n'ont pu pendant ce temps avoir commerce ensemble, lorsqu'elle est soutenue par quelques indices extérieurs de défaut de virilité, peut passer pour une preuve suffisante de l'empêchement d'impuissance sur lequel on fonde la nullité du mariage. Nous ne suivons pas la disposition de cette Décrétale.

* *Merlin. Rép., Vo. Congr.* } Congrès signifie...une preuve ju-
grès, No. 3, p. 22. } ridique dont on faisait usage autre-
fois lorsqu'on demandait la nullité d'un mariage pour cause d'impuissance. Cette sorte de preuves dont on ne trouve aucune trace, ni dans le droit civil, ni dans le droit canonique, avait été introduite dans les officialités de France vers le milieu du seizième siècle. Quoiqu'elle fût contraire à l'honnêteté et aux bonnes mœurs, elle y a subsisté pendant plus d'un siècle, puisque ce n'est qu'en 1677 qu'elle a été abolie.

On attribue l'origine du Congrès à l'effronterie d'un jeune homme qui, étant accusé d'impuissance, offrit de prouver le contraire en présence de chirurgiens et de matrones. L'official eut l'indiscrétion d'admettre ce nouveau genre de preuve. Les autres officiaux suivirent cet exemple, et, ce qu'il y a de plus étrange, c'est que les parlemens l'autorisèrent. Les fastes de notre jurisprudence renferment une foule de monuments qui attestent que cette preuve indécente a été ordonnée et confirmée par une multitude d'arrêts. Le mari accusé d'impuissance, était condamné à prouver sa virilité en pré-

[ARTICLE 117.]

sence de chirurgiens et de matrones, qui étaient nommés par l'official, pour faire leur rapport. Si le mari sortait victorieux du combat, l'attaque de la femme était rejetée. Si au contraire il n'avait pu consommer le mariage, alors la demande en impuissance était admise, et le mariage était déclaré nul.

On peut juger du degré de certitude de cette espèce de preuve, par la manière dont se faisait l'expérience. Il semble que la justice voulait forcer la nature à se dépouiller de cette pudeur qui lui est si nécessaire pour la propagation de l'espèce humaine. On peut dire même que les tribunaux étaient devenus complices du libertinage, en ordonnant une épreuve presque publique d'un acte que la nature a voulu ensevelir dans l'ombre du mystère. Cependant il n'est que trop vrai, (et il faut l'avouer à la honte de la raison et des mœurs) que cette épreuve a été admise dans les tribunaux français ; mais si elle y a subsisté pendant plus d'un siècle, la manière dont elle a été abolie, fait le plus grand honneur au parlement de Paris, et au célèbre avocat-général Lamoignon, qui a déterminé cette cour à anéantir une jurisprudence aussi indécente. Ce fut dans la cause du marquis de Langey, dont le mariage avait été annulé pour cause d'impuissance, que M. de Lamoignon fit un requisitoire pour demander la suppression du congrès. Le parlement de Paris, par son arrêt du 18 Février 1677, “ déclara le marquis de Langey non recevable dans ses demandes ; et faisant droit “ sur les conclusions du procureur-général, fit défenses à “ tout juge, même aux officiaux, d'ordonner à l'avenir l'é- “ preuve du congrès, et ordonna que l'arrêt serait envoyé “ aux bailliages, senéchaussées et officialités du ressort, “ pour y être lu, publié et enregistré.”

Depuis cet arrêt, cette épreuve scandaleuse n'a plus été admise en France ; et l'on a à présent recours, dans les accusations d'impuissance, à la visite des gens de l'art. (M. Desesarts.) *

[ARTICLE 117.]

Id., vo. *Impuissance*, } On voit...que, dans l'ancienne ju-
 No. II, p. 189. } risprudence, le principe qu'il n'y
 avait point de mariage lorsque l'un des époux était impuissant,
 était généralement reconnu, et qu'il ne pouvait jamais s'éle-
 ver de difficulté que sur son application.

Il faut même convenir qu'en théorie, rien n'était plus simple. Quel est le but essentiel du mariage ? C'est l'union des deux sexes. Il n'y a donc pas de mariage, si l'accomplissement de ce but rencontre un obstacle invincible dans l'impuissance de l'une des parties contractantes. D'un autre côté, point de mariage sans consentement : *nuptias non concubitus, sed consensus facit*, disait la loi 30. D. de regulis juris. Point de consentement, lorsqu'il y a erreur sur l'objet substantiel du contrat. Or, tel est essentiellement le caractère de l'erreur dans laquelle est induite une des parties qui, croyant épouser un individu apte à l'union conjugale, en épouse un qui en est absolument incapable.—Voilà quels étaient les fondements de l'ancienne jurisprudence sur cette matière.

Quant au code civil, on n'y trouve pas un mot qui soit relatif aux effets de l'impuissance par rapport au mariage. Comment expliquer son silence sur un objet aussi grave ?

Le procès-verbal de la discussion du titre *du mariage*, ne nous offre rien là-dessus. Mais il est parlé transitoirement de l'impuissance, d'abord dans celui de la discussion du titre *du divorce*, ensuite dans celui de la discussion du titre *de la Paternité et de la Filiation*.

Voici ce que nous lisons dans le premier : “ On est convenu, dans le cours de la discussion, que, lorsqu'il y a impuissance, la matière du mariage manque (Le P. C., procès-verbal du 16 vendémiaire an 10). L'impuissance, cette cause honteuse et difficile à prouver, a toujours été un principe de nullité en matière de mariage. (M. Portalis, *ibid.*) ”

A s'en tenir là, il semblerait que, tout muet qu'il est dans son texte sur l'impuissance, le code civil s'en référât pure-

[ARTICLE 117.]

ment et simplement à cet égard aux anciennes règles, et que son silence n'eût eu d'autre motif que l'inutilité d'entrer dans des détails sur une matière aussi délicate, après avoir établi par l'art. 146, le principe général, *qu'il n'y a point de mariage, lorsqu'il n'y a point de consentement.*

Mais le procès-verbal de la discussion du titre de *la Paternité et de la Filiation*, nous présente quelque chose de plus positif :

“ On n'a pas fait de l'impuissance (y est-il dit) l'objet d'une action en nullité ; et ce silence absolu de la loi est fondé en raison, *car il n'est pas de moyen de reconnaître avec certitude l'impuissance.* En général, il était dans l'esprit du projet d'anéantir cette cause sous tous ses rapports. (M. Tronchet, procès-verbal, du 14 Thermidor an 10). ”

Il résulte clairement de là que le silence du code civil sur l'action en nullité du mariage pour cause d'impuissance, est exclusif de cette action.

Mais l'est-il absolument et sans distinction ? Pour en bien apprécier la latitude, il faut en examiner le motif.

Pourquoi le code civil exclut-il cette action par son silence ? Est-ce parce que cette action ne peut jamais être fondée en soi ? Non, c'est uniquement parce *qu'il n'est pas de moyen de reconnaître avec certitude l'impuissance.* Ce n'est donc point parce qu'en point de droit, il y a véritablement mariage, quoique l'un des prétendus époux soit impuissant ; c'est parce qu'en point de fait, il n'est jamais possible de constater légalement son impuissance.

Cette raison s'applique dans toute sa force à l'*impuissance naturelle*, c'est-à-dire, “ à la supposition (car des siècles d'efforts, de contentions et de recherches n'en ont encore fait qu'une supposition) qu'un homme aurait été produit sans avoir reçu de la nature la faculté de produire, (Rapport de M. Duveyrier, tribun, sur le titre de *la Paternité et de la Filiation* ”) à l'impuissance que “ des exemples célèbres ont

[ARTICLE 117.]

“ prouvé ne mériter aucune confiance, les gens de l’art
 “ n’ayant eux-mêmes aucuns moyens de pénétrer de pareils
 “ mystères; et tel mari dont le mariage a été dissous pour cau-
 “ se d’impuissance, ayant obtenu d’un autre mariage une nom-
 “ breuse postérité (M. Bigot de Preameneu, exposé des mo-
 “ tifs du même titre); ” en un mot, à l’espèce d’impuissance
 qu’a en vue l’art. 313, lorsqu’il dit que *le mari ne pourra, en
 alléguant son impuissance naturelle, désavouer l’enfant conçu
 pendant le mariage.*

On ne pourrait donc pas, en thèse générale, annuler un mariage sous le prétexte que l’un des époux, aurait été privé par la nature, des qualités physiques sans lesquelles l’union des deux sexes ne peut pas avoir lieu; et c’est ce qu’a jugé un arrêt dont voici l’espèce.

En 1809, mariage entre Pierre Gazzone et Victoire Plaisant.

Après plus de six mois de co-habitation, Victoire Plaisant demande le divorce pour causes de sévices et injures graves; mais bientôt se désistant de cette action, elle en intente une en nullité du mariage, qu’elle fonde sur l’art. 146 portant qu’il *n’y a pas de mariage lorsqu’il n’y a pas de consentement*, et sur l’art. 1109, aux termes duquel *il n’y a point de consentement valable, si le consentement n’a été donné que par erreur.*

Le mari lui oppose, en invoquant l’art. 181, une fin de non recevoir résultant de ce que son action en nullité pour cause de prétendue *erreur dans la personne*, n’a été intentée qu’après plus de six mois de co-habitation.

Elle répond que la fin de non recevoir établie par l’art. 181, n’est applicable qu’au cas où la nullité produite par l’erreur, peut être réparée par un consentement survenu après le mariage; mais que, dans l’espèce, il s’agit d’une nullité qui dure nécessairement aussi longtemps que le vice dont elle dérive; “ et comment concevoir en effet (ajoute-elle) la
 “ validité d’un contrat qui, attachant à un être nul et dégra-

[ARTICLE 117.]

“ dé, une personne qui pourrait être utile, la condamne elle-même à une nullité absolue, et qui la place, pour ainsi dire, entre le malheur et le crime, en l’obligeant à s’imposer les privations les plus pénibles, ou à chercher dans des liaisons criminelles des jouissances qu’une union légitime lui a vainement promises ? Si les lois doivent réprimer tout acte contraire aux bonnes mœurs, comment pourraient-elles maintenir un contrat qui, sans profit pour la société ni pour aucun de ses membres, doit nécessairement avoir pour résultat la haine, la discorde et l’immoralité ” ?

Le 16 Novembre 1810, jugement du tribunal de première instance de Casal, qui déboute la dame Gazzone, “ attendu qu’elle a habité plus de six mois avec son mari, après en avoir reconnu l’impuissance ; et qu’ainsi, en supposant même ce moyen admissible par induction du §. 2 de l’art. 180 du code civil, elle ne serait pas recevable dans sa demande aux termes de l’art. 181.”

La dame de Gazzone appelle de ce jugement à la Cour de Gènes, mais inutilement. Par arrêt du 7 Mars 1811, ce jugement est confirmé, nonobstant le défaut que le mari laisse prendre.

“ Attendu que, d’après l’art. 7 de la loi du 30 ventose, au 12, toutes les anciennes lois, coutumes, règlements et statuts ayant cessé d’avoir force de loi dans les matières qui sont l’objet du Code civil, ce n’est plus que dans sa lettre et dans son esprit qu’on doit puiser les principes propres à décider les questions relatives à ces matières ;

“ Attendu que l’un des objets dont le Code civil s’est spécialement occupé, a été le mariage ; qu’il a précisé dans un chapitre particulier les cas où cet acte solennel peut être argué de nullité ; et que, dans l’énumération qu’il en fait, ne se trouve point la cause d’impuissance ;

“ Attendu que, si les auteurs du code avaient reconnu cette cause de nullité, ils auraient déterminé, comme ils l’ont fait

[ARTICLE 117.]

à l'égard de celles dont ils se sont expliqués, par qui et dans quel délai elle pourrait être proposé, et surtout auraient-ils spécifié le genre de preuve auquel on pourrait recourir pour constater l'impuissance, puisque ces législateurs ne pouvant ignorer qu'un pareil moyen avait été, sous l'ancienne jurisprudence, sujet aux vicissitudes des temps et des lieux, et qu'il y avait eu dans les différents temps incertitudes sur la manière de le vérifier, ce serait faire injure à leur sagesse que de supposer qu'ils ont voulu abandonner tout cela à l'arbitrage des tribunaux, et perpétuer ainsi une pareille incertitude et tous les abus qu'elle a produits ;

“ Attendu que du silence absolu qu'ils ont gardé à cet égard, il est au contraire bien plus raisonnable de conclure qu'ils n'ont pas trouvé cette cause suffisante pour entraîner la dissolution du nœud conjugal, parce qu'ils sont demeurés convaincus qu'il n'y avait rien de sûr dans tout ce qu'on avait imaginé pour vérifier l'impuissance naturelle ; que d'ailleurs elle est un phénomène qui ne peut avoir lieu que fort rarement ; et qu'ainsi, il était préférable de laisser subsister un petit nombre de mariage dont la consommation ne serait pas possible, plutôt que de fournir un remède qui avait été longtemps la source de procédures scandaleuses dont la raison et les mœurs s'indignaient également ;

“ Attendu qu'il résulte en effet du procès-verbal de la discussion du code civil, que l'impuissance est au nombre des causes de nullité de mariage, et des causes déterminées du divorce, qui ont été rejetées au conseil d'État ; ce qui est encore plus clairement exprimée dans le rapport du tribun Duveyrier, fait au corps législatif, le 2 germinal, an II, au sujet de l'art. 313 du code, où cet orateur dit formellement que cette cause nommée *impuissance naturelle*, n'est point au nombre des causes qui conduisent à la dissolution du mariage. (Ce passage du rapport de M. Duveyrier n'est relatif qu'à la dissolution par divorce.)

[ARTICLE 117.]

“ Attendu qu’inutilement alléguerait-on qu’il y a eu erreur de la part de l’individu qui a contracté mariage avec une personne incapable de le consommer, et que cette erreur vicie son consentement, sans lequel il ne peut exister de mariage, puisque l’erreur, en cette matière, ne s’entend point, comme l’observait le conseiller d’État Portalis, d’une simple erreur sur les qualités, la fortune ou la condition de la personne à laquelle on s’unit, mais d’une erreur qui aurait pour objet la personne même ; que la capacité de consommer le mariage, n’est qu’une qualité de la personne ; et que l’époux qui en est privé, n’en est pas moins identiquement le même individu avec lequel on s’était engagé par le contrat ;

Attendu enfin qu’il n’est pas exact de dire que, l’objet du mariage étant la procréation des enfans, la substance de ce contrat s’évanouit, si l’une des parties se trouve dans une situation telle à ne pouvoir jamais remplir cet objet ; car la procréation des enfans est bien le principal, mais non pas le but unique du mariage ; et il est si vrai que ce but n’est pas exclusif de tout autre, que la loi n’a fixé aucun âge après lequel la femme ne puisse pas se marier, quoiqu’il soit bien constant que sa vieillesse est frappée de stérilité. (Jurisprudence de la cour de cassation, tôme II, partie 2, page 193.) ”

Mais (en mettant de côté pour le moment la fin de non recevoir qui, dans cette espèce, était opposée à la Dame Gazzino du chef de sa co-habitation pendant plus de six mois) pourrait-on juger de même s’il s’agissait d’une *impuissance accidentelle et manifeste*, telle que serait celle qui résulterait d’une amputation, d’une mutilation ou de tout autre accident semblable dont l’antériorité au mariage ne pût pas être révoquée en doute ?

Bien évidemment on ne peut pas appliquer à cette hypothèse le motif pour lequel M. Tronchet a dit, dans la discussion du titre de la *Paternité et de la Filiation*, que l’on n’avait pas fait de l’impuissance l’objet d’une action en nullité : car on

[ARTICLE 117.]

ne peut plus dire alors qu'il n'est pas de moyen de reconnaître avec certitude l'impuissance. Pourquoi donc ne laisserait-on pas alors agir, dans toute son intensité, le principe général *qu'il n'y a point de mariage s'il n'y a point de consentement.*

M. Toullier dit avec raison, que la nullité du mariage en pareil cas, " paraît dans le véritable esprit du code qui veut, " art. 312, que l'impuissance accidentelle du mari soit un " moyen suffisant pour désavouer l'enfant conçu pendant le " mariage, quoiqu'il en soit autrement de l'impuissance naturelle. (Droit civil Français, livre 1, tit. 5, No. 526.) "

" En effet (disait M. Papé, avocat à la Cour d'appel de Trèves, dans une affaire célèbre dont nous parlerons tout-à-l'heure), si la loi permet au mari de désavouer l'enfant de sa femme, en prouvant l'impossibilité physique où il était de co-habiter avec elle, comment supposer qu'elle reconnaisse la validité d'un mariage, malgré l'impossibilité physique de la co-habitation de la part d'un des époux ? La preuve de cette impossibilité suffit pour faire déclarer adultérin un enfant né en mariage légitime, et pour flétrir à jamais l'honneur de la mère ; et elle ne serait pas suffisante pour faire prononcer la nullité d'un mariage, remède beaucoup moins violent ! Ne serait-ce pas dire, en d'autres termes, que la loi entend faire subsister un mariage dont le mari pourrait désavouer tous les enfants, au cas que le vice d'incapacité absolue existerait de son côté et serait perpétuelle ?

" Qu'on n'objecte pas que, si le législateur avait voulu que l'impossibilité physique de la co-habitation fut une cause de nullité de mariage, l'art. 312 indiquerait ce remède, au lieu d'autoriser simplement le mari à désavouer l'enfant. On voit bien qu'il s'agit dans cet article d'une impossibilité physique, survenue après le mariage seulement, et non pas d'une impossibilité de cette nature qui aurait existé déjà avant le mariage, à l'insçu de l'autre époux. Or, comme la loi ne permet de déclarer nuls que des mariages viciés dans le principe, il s'en

[ARTICLE 117.]

suit que, dans le cas contraire, elle a dû se contenter d'accorder la faculté du désaveu au mari ; et par une conséquence naturelle, que le remède de nullité doit avoir lieu lorsque l'impossibilité physique de la co-habitation a déjà existé avant le mariage. Raisonner autrement, ce serait supposer un motif immoral au législateur, en ce qu'il aurait voulu exposer les époux au déshonneur et à la discorde, en forçant l'un ou l'autre à chercher ailleurs des jouissances qu'il ne pourrait pas trouver chez lui, et en mettant le mari dans la dure nécessité d'élever les enfants d'autrui, ou d'avoir recours au moyen honteux du désaveu. ”

Vainement au surplus objecterait-on que l'impuissance accidentelle et manifeste ne peut être vérifiée que par des gens de l'art, et que la décence s'oppose à cette vérification.

Il faut bien en venir à cette vérification, toute indécente qu'elle est, en cas de désaveu de l'enfant conçu pendant le mariage ; et pourquoi, dès-lors, la crainte de blesser la décence empêcherait-elle d'ordonner la visite du mari, lorsque la femme, pour obtenir l'annulation du mariage, l'accuse d'impuissance accidentelle et manifeste ?

Plus inutilement dirait-on que, dans la discussion du titre du divorce au conseil d'état, il a été décidé que l'impuissance, de quelque nature qu'elle fût, ne serait jamais une cause de divorce. (Voir l'Esprit du Code civil de M. Locré, liv. 1, tit. 6, ch. 1er., 1e. division, 4e. subdivision.)

1o La demande en divorce suppose nécessairement un mariage valablement contracté. Demander qu'un mariage soit dissous par le divorce, c'est donc reconnaître qu'il existe légalement. La femme qui demanderait le divorce sur le fondement que son mari était frappé, avant le mariage, d'une impuissance accidentelle et manifeste, se contredirait donc elle-même.

2o De deux choses l'une : ou la demande en divorce pour cause d'impuissance accidentelle et manifeste, serait formée

[ARTICLE 117.]

dans les six mois de co-habitation dont il est parlé dans l'art. 181, ou elle serait formée après ce laps de temps. Or, elle serait également non recevable dans l'un et l'autre cas. Elle le serait dans le premier cas, parce que l'époux demandeur aurait l'action en nullité de mariage, action ordinaire avec laquelle ne peut jamais concourir une action aussi extraordinaire et aussi peu favorable que l'est celle qui tend à faire dissoudre un mariage existant. Elle le serait dans le second, parce que le même époux aurait à s'imputer d'avoir laissé prescrire son action en nullité, et que l'on ne doit pas accorder, une action extraordinaire à celui qui, ayant une action ordinaire pour atteindre son but, ne l'a pas exercé dans le délai fixé par la loi.

Voilà, il n'en faut pas douter, les seuls motifs qui ont pu déterminer le Conseil d'Etat à ne pas ranger l'impuissance accidentelle et manifeste, parmi les causes de divorce ; et des lors, reste dans sa force l'argument qui résulte de l'art. 312, en faveur de la doctrine que nous soutenons ici.

Mais si l'on adopte cette doctrine par rapport à *l'impuissance accidentelle et manifeste*, ne sera-t-on pas forcé de modifier celle qui vient d'être établie par rapport à *l'impuissance naturelle* et de dire que celle-ci, lorsque, par un de ces jeux bizarres de la nature qui se plaît quelquefois à créer des monstres, elle est tout aussi *manifeste* que pourrait l'être *l'impuissance accidentelle* qui serait l'effet d'une amputation, peut également servir de fondement à une action en nullité ?

Non, va-t-on peut-être répondre ; car, puisque d'après l'art. 312, vous argumentez de la faculté de désavouer un enfant, à la faculté de faire annuler le mariage pour cause d'impuissance accidentelle, il faut bien que réciproquement vous argumentiez aussi, d'après l'art. 313, de l'inadmissibilité du désaveu pour cause d'impuissance naturelle, à l'inadmissibilité de l'action en nullité du mariage qui serait fondée sur la même cause. Or, l'art. 313 est général, il ne distingue

[ARTICLE 117.]

pas entre *l'impuissance naturelle manifeste et l'impuissance naturelle non manifeste* ; il est donc applicable à l'une comme à l'autre.

Oui, la disposition de l'article 313 est générale et exclusive de toute distinction entre l'impuissance naturelle manifeste et l'impuissance naturelle non manifeste ; mais dans quel cas et à quel effet ? Dans le cas où le mari méconnaît l'enfant conçu pendant le mariage, et à l'effet d'empêcher le désaveu de cet enfant.

Mais de là s'ensuit-il que la femme ne peut pas, pour faire annuler le mariage, être admise à alléguer et prouver que le prétendu mari n'a pas apporté en naissant les organes qui constituent essentiellement la virilité ?

Quelle différence entre ces deux hypothèses !

Dans la première, une raison invincible s'oppose à ce que le mari soit écouté. “ Comment concevoir en effet, sans en être révolté, le cynisme impudent d'un homme qui pourrait révéler sa turpitude et son infamie pour déshonorer sa femme et sa victime ? Car vous remarquerez que, dans ce cas, la femme aurait été la première victime de la fourberie de cet homme impuissant, qui s'est présenté au mariage avec toutes les espérances de la paternité. Non, la chasteté de la loi réprouve ces aveux infamans, et ces déclarations honteuses. Les monstres, s'ils existent dans la nature, ne doivent pas être dans la loi. Non, la justice éternelle, cette voix majestueuse de toute conscience pure, dit que, dans ce cas, si ce cas existe, l'homme doit supporter toutes les charges de la paternité dont il a témérairement affecté la puissance, et dévorer la honte d'un enfant qu'il peut n'avoir pas fait, mais qu'il a eu la frauduleuse audace de promettre à sa femme et à la société. (M. Duveyrier, tribun, rapport du 2 germinal, an II. ”

Dans la seconde hypothèse, qu'a-t-on à reprocher à la femme ? Rien, absolument rien. Elle vient dire à la justice :

[ARTICLE 117.]

“ j’ai cru épouser un homme et je n’ai épousé qu’un monstre.
 “ Il n’y a donc pas de mariage entre lui et moi, puisqu’il n’y
 “ a pas eu *conjunctio maris et fœminæ*, L. 1, D. de ritu nupt. ” :
 elle est malheureuse, elle ne peut pas être non recevable.

On peut donc bien, on doit même inférer de l’article 312, que l’allégation de l’impuissance accidentelle et manifeste du mari est admissible de la part de la femme à l’effet de justifier son action en nullité de mariage ; mais on ne peut pas conclure de l’art. 313 qu’il n’en soit pas de même de l’impuissance naturelle, lorsqu’elle est manifeste.

Et par la même raison, l’art. 313 ne peut pas davantage former obstacle à ce que le mari allègue et prouve l’impuissance naturelle et manifeste de la femme à l’effet de parvenir à l’annulation du mariage.

Qu’opposerait-on à l’admissibilité de cette allégation, de cette preuve ?

Le silence du code civil ? Mais, à proprement parler, ce n’est pas le code civil qui, au titre du mariage, est muet sur l’impuissance : c’est le procès-verbal de la discussion de ce titre. En disant, art. 146, *qu’il n’y a point de mariage, lorsqu’il n’y a point de consentement*, le code civil a dit tout ce qu’il fallait pour que l’on dût annuler un mariage contracté entre deux parties dont l’une serait frappée d’impuissance, soit naturelle, soit accidentelle ; et ce n’est que par des inductions tirées de la combinaison de cet article avec les art. 312 et 313, que l’on parvient à exclure de l’application du premier de ces articles, le cas de l’impuissance non manifeste.

Dira-t-on qu’en fait de mariage, l’erreur n’est considérée, par l’art. 180, comme exclusive de consentement, que lorsqu’elle tombe sur la personne même avec laquelle on a voulu contracter, et qu’ici l’erreur ne tombe que sur une qualité de cette personne ?

Pour répondre à cet argument, que l’on nous permette une supposition.

[ARTICLE 117.]

Un mariage est contracté entre une femme et un individu que son habillement et quelques signes extérieurs de virilité équivoque font passer pour un homme, mais qui réellement n'est qu'une femme comme elle. Ce mariage est-il valable, ou peut-il et doit-il être annulé pour cause d'erreur ?

Qu'on ne dise pas que cette question porte sur un cas chimérique. Ce cas est arrivé, et il a donné lieu à un arrêt du Parlement de Paris, du 10 Janvier 1765, qui a déclaré nul le mariage que la fille Grandjean, passant publiquement pour un homme, et croyant elle-même l'être réellement, avait contracté avec une femme. Il peut donc encore se représenter ; et alors, sans doute, on n'hésiterait pas à prononcer comme l'a fait le parlement de Paris, mais sur quel texte du code civil se fonderait-on ?

Il est clair qu'on ne pourrait se fonder que sur l'art. 146, et qu'on serait réduit à dire : point de mariage sans consentement ; et point de consentement, lorsqu'il y a erreur sur la substance même de la chose qui en est l'objet.

Mais comment répondrait-on à l'art. 180, qui, relativement au mariage, restreint au cas de l'*erreur dans la personne*, le principe général qu'il n'y a point de consentement lorsqu'il y a erreur ?

On ne pourrait certainement y répondre qu'en disant : en fait de mariage, il ne faut pas seulement qu'il y ait deux personnes quelconques pour en former la matière ; il faut encore que ces deux personnes soient de sexes différens. Ainsi, l'individu portant le nom de Pierre et se mariant sous ce nom, ne peut être considéré comme la personne de Pierre, qu'autant qu'il est véritablement un homme ; et réciproquement l'individu portant le nom de Jeanne et se mariant sous ce nom, ne peut être considérée comme la personne de Jeanne, qu'autant qu'elle est une femme. S'ils sont l'un et l'autre ce qu'ils paraissent être, si Pierre est véritablement un homme, c'est-à-dire, s'il a au moins le principal des organes di-

[ARTICLE 117.]

tinctifs de la virilité ; si Jeanne est véritablement une femme, ou en d'autres termes, si elle a l'organe qui caractérise essentiellement le sexe féminin, il n'y aura d'erreur, ni dans la personne de l'un ni dans la personne de l'autre ; et le mariage sera valable, quelles que soient d'ailleurs les qualités des organes qui les constituent respectivement homme et femme. Mais si l'individu qui s'est marié sous le nom de Pierre, n'est point un homme ; si l'individu qui s'est marié sous le nom de Jeanne, n'est point une femme ; il n'y aura pas seulement erreur sur la qualité, il y aura erreur sur la personne, en prenant, comme on le doit nécessairement, le mot personne dans l'acception qu'il est de l'essence des choses de lui donner en cette matière ; et par conséquent il n'y aura point mariage.

Voilà évidemment comme on raisonnerait, et comme on serait forcé de raisonner, pour parvenir aujourd'hui à annuler un mariage tel que celui qu'a annulé le Parlement de Paris en 1765.

Eh bien ! à la place de la fille Grandjean, mettez un individu qui, sans avoir comme elle, l'organe distinctif du sexe féminin mêlé avec plusieurs signes trompeurs de virilité, se trouve cependant, soit par l'effet d'un accident, soit par un égarement de la nature, privé de l'organe sans lequel on ne peut pas être homme : n'y aura-t-il pas également, de la part de la femme qu'il aura épousée, *erreur dans sa personne* ? Sera-t-on mieux fondé à opposer à la femme qu'il aura trompée, que l'erreur dans laquelle il l'a induite, ne tombe que sur la qualité de son prétendu mari ? à la bonne heure, répondra-t-elle ; mais c'est une qualité dont l'absence métamorphose mon prétendu mari en un être tout différent. J'ai voulu épouser un homme et je n'ai épousé que la vaine apparence ; c'est bien là assurément une erreur sur la personne.

Disons-le franchement, ou il faut annuler un pareil mariage, ou il faut pousser le paradoxe jusqu'à soutenir qu'un

[ARTICLE 117.]

mariage tel que celui de la fille Grandjean, serait aujourd'hui inattaquable.

Voici au surplus un arrêt qui a consacré solennellement notre opinion, et qui, susceptible de critique en ce qu'il a écarté une fin de non recevoir semblable à celle qui était proposée dans l'espèce jugée à Gènes en 1811, n'a été critiqué, dans sa disposition principale, par les écrivains qui l'ont rapporté (M. Toullier, Droit civil Français, livre 1er., tit. 5, N^o. 525. Jurisprudence du Code Civil, année 1808, tome 2, page 255. Journal du Palais, même année, tome 2, page 395.), que parce qu'ils n'en connaissaient pas l'espèce.

Un jeune campagnard, après avoir vécu neuf mois avec son épouse, la quitte et passe neuf autre mois séparé d'elle. Au bout de ce temps, il la fait assigner devant le tribunal de première instance de Cousel, pour voir déclarer leur mariage nul et comme non avenu ; et invoquant, en droit, les art. 146 et 180 du Code Civil, il articule, en fait, qu'elle est, par un vice naturel de conformation, absolument incapable de remplir le but du mariage ; que ce vice en rend même l'essai extrêmement dégoûtant ; ~~qu'en effet~~ (nous croyons devoir, par respect pour la chasteté de notre langue, transporter dans une langue étrangère les détails suivants et ceux du rapport d'experts dont il sera question dans un instant.), "her vagina is shaped in so monstrous a manner as to be almost but one with her arse^h hole, from which it is parted but by an extremely short space ; that, for want of partition, those two hollows are but one cavity filled with excrements ; and that the orifice of her womb cannot be reached at all."

La femme ne nie pas le vice de sa conformation ; elle prétend seulement qu'il n'existait pas avant le mariage, et qu'il provient du fait de son mari. Elle ajoute qu'il n'y a dans le Code civil aucune disposition d'après laquelle on puisse fonder une action en nullité de mariage sur les défectuosités corporelles de l'un des époux ; que la demande de son mari

[ARTICLE 117.]

ne tend à rien moins qu'à la faire visiter, c'est-à-dire, à ressusciter les procès scandaleux sur l'impuissance, que le législateur a voulu écarter pour jamais; et qu'au surplus, cette demande est non recevable par cela seul que son mari ne l'a intentée qu'après neuf mois de co-habitation.

Jugement qui, adoptant ces moyens de défense, déclare le mari non recevable.

“ Attendu que le défaut de consentement exprimé dans les art. 146 et 180 du code civil, ne s'entend que du défaut de consentement qui précède la célébration du mariage; et que la conséquence tirée de l'ignorance de l'infirmité de sa femme, pour en induire un défaut de consentement libre, est une fausse conséquence inapplicable aux articles sus-cités;

“ Attendu que l'erreur dont il est parlé dans le §. 2 de l'art. 180 du dit code, ne s'entend sainement que du cas où il s'agit d'une autre personne que celle avec laquelle on s'était engagé de s'unir par le contrat;

“ Attendu que, quand même l'erreur dont est question dans ce §., se supposerait pouvoir sortir de la constitution physique de la personne, elle ne pourrait être accueillie pour la demande en nullité, qu'autant qu'elle aurait été formée dans le délai de six mois, ainsi qu'il est impérieusement fixé par l'art. 181; et cependant la défenderesse pose en fait, et il n'est pas contesté par le demandeur, qu'elle a co habité avec lui pendant l'espace de neuf mois;

“ Attendu enfin que le demandeur ne justifie et ne peut justifier d'aucune manière légale, que la défenderesse était sciemment, et avant le mariage, dans le cas d'incapacité de le consommer, et de se prêter à tous les actes qui en dérivent;

“ Que, quand même, par une visite qui serait ordonnée, il serait reconnu que la défenderesse est affectée d'infirmités qui entravent les actes de la génération, et qui même les rendent impossibles, il ne s'ensuivrait pas que ces infirmités aient lieu avant le mariage, qu'elles en ont empêché la

[ARTICLE 117.]

consommation, ni enfin qu'elles ne peuvent cesser un jour, ou diminuer de gravité. ”

Le mari appelle de ce jugement à la Cour de Trèves ; et M. Papé, son avocat, laissant de côté les art. 146 et 180, sur lesquels il s'était fondé en première instance, s'attache à prouver 1o. que les vices de conformation qui s'opposent manifestement à la consommation de l'acte conjugal, sont une cause de nullité sous le Code civil, comme ils l'étaient dans l'ancienne jurisprudence ; 2o. que le Code civil n'a pas interdit l'examen de ces vices, 3o. que la fin de non recevoir établie par l'art. 181 pour le cas de co-habitation pendant six mois, depuis que l'erreur est reconnue, n'est pas applicable à un mariage entaché de nullité absolue procédant d'un vice de cette nature.

De son côté, la femme reproduit en cause d'appel les moyens qu'elle a fait valoir devant les premiers Juges.

Par arrêt du 27 Janvier 1807,

“ Attendu 1o. que les causes physiques et le défaut de conformation qui s'opposent au but naturel et légal du mariage, sont des empêchements qui l'annulent de plein droit.

“ 2o. Que les nullités dont il est mention dans le Code civil, n'ont évidemment rapport qu'aux cas prévus par le même Code ; et qu'ainsi, la fin de non recevoir opposée par l'intimée, n'est, dans l'espèce, d'aucune considération ;

“ Par ces motifs, la cour, sans s'arrêter à la fin de non recevoir opposée par l'intimée, et avant de faire droit au principal, tous moyens des parties demeurant saufs et réservés, ordonne que, par des gens de l'art, dont les parties conviendront dans le délai de trois jours, ou qui, faute de ce, seront nommés d'office, l'intimée sera vue et visitée, à l'effet de constater si son état physique et sa conformation s'opposent au but naturel et légal du mariage ; et dans le cas où il existerait un obstacle à cet effet, s'il existait déjà avant le mariage ou s'il est survenu depuis, et s'il est possible d'y remédier.

[ARTICLE 117.]

En exécution de cet arrêt, la femme est visitée par trois médecins assermentés,; et il résulte de leur rapport :

1o. That her exterior and apparent parts of womanly sex have been found in a natural state ;

2o. That when one brings his two fore fingers at a time into her vagina and her arse-hole, their ends meet together almost immediately ; and that, for want of partition, these two channels are but one and same cavity filled with excrements ;

3o. That the orifice of her womb cannot by any means be reached ; and that, to the contrary, the more one sounds forward, the more he sinks into écrements ;

4o. That nothing betrays either a dilaceration or some what token which may let think the blemish not to arise from a mistake of nature.

En conséquence, les experts estiment unanimement que la conformation de la femme rend l'acte conjugal impossible, que le vice a existé avant le mariage, qu'il n'a pas été causé par le mari, et qu'il est insurable.

D'après ce rapport, arrêt définitif du 1er Juillet 1808, qui, " Attendu qu'il résulte du rapport fait par les gens de l'art, le 7 mai dernier, en exécution de l'arrêt préparatoire du 27 janvier précédent, que l'état physique de la dite... et sa conformation s'opposent au but naturel et légal du mariage ; que cet empêchement a existé avant le mariage, et qu'il n'est pas possible d'y remédier ;

" La cour donne défaut contre l'intimée faute de plaider, et faisant droit sur l'appel, met l'appellation et ce dont est appel, au néant ; émendant et statuant au principal, déclare le mariage contracté entre les parties, nul de plein droit ; condamne l'intimée aux dépens. (Jurisprudence de la Cour de Cassation, tome II, partie 2, page 401.) "

Pour apprécier cet arrêt et l'interlocutoire qui l'a précédé, il faut le considérer sous deux rapports : comme décidant en

[ARTICLE 117.]

thèse générale, que l'impuissance naturelle, lorsqu'elle est à la fois manifeste et incurable, et qu'il n'y a pas de doute qu'elle n'ait existé avant le mariage, donne lieu à une action en nullité ni plus ni moins que l'impuissance accidentelle qui réunit ces trois caractères ; et comme jugeant dans le cas particulier, que l'action en nullité ne peut pas être écartée par la fin de non recevoir que l'art. 181 fait résulter de la cohabitation prolongée pendant plus de six mois après la reconnaissance de l'erreur.

Sous le premier rapport, M. Toullier regarde ces arrêts comme “ mal rendus et contraires à l'esprit du code, qui a voulu “ bannir sans retour ces procès scandaleux qui avaient pour “ prétexte des infirmités plus ou moins graves, proscrire “ pour toujours les visites indécentes qui blessent la pudeur “ que réprouve la morale, et dont cependant les gens de l'art “ ne peuvent tirer que des conjectures trompeuses, souvent “ démenties par les faits. ”

Mais, d'une part, nous l'avons déjà dit, l'art. 312 permet implicitement la visite du mari, lorsqu'il se fait, de son impuissance accidentelle et manifeste, un moyen pour désavouer l'enfant de sa femme. Quelle raison y aurait-il d'après cela, pour ne pas ordonner la visite de la femme, lorsqu'en alléguant et offrant de prouver qu'elle est, à la vérité, naturellement, mais manifestement conformée d'une manière qui apporte un obstacle perpétuel et incurable à la consommation de l'acte conjugal, le mari demande que le mariage soit déclaré nul, comme manquant de matière ?

D'un autre côté, il ne s'agissait pas, dans l'espèce de ces *infirmités plus ou moins graves, dont les gens de l'art ne peuvent tirer que des conjectures trompeuses*. L'impuissance de la femme, quoique naturelle, était marquée au coin de l'évidence, elle faisait taire tous les doutes, elle ne permettait pas la moindre contradiction ; en un mot, elle avait tous les caractères de l'impuissance accidentelle dont l'art. 312 permet d'ar-

[ARTICLE 117.]

gumenter à l'appui du désaveu d'un enfant conçu pendant le mariage. La cour d'appel de Trèves n'a donc pas plus contrarié l'esprit du Code civil, en ordonnant et accueillant la preuve de celle-là, qu'elle ne l'aurait contrarié, en ordonnant et accueillant la preuve de celle-ci.

Mais, s'écrie M. Toullier, si la femme s'était refusée à la visite, qu'eût pu faire la cour de Trèves ? Aurait-elle pu conclure que ce refus contenait une reconnaissance tacite de l'inhabilité de la femme ?

Nous répondrons avec M. Toullier que non ; et nous reconnaitrons avec lui qu'adopter une pareille conséquence, c'eût été indirectement admettre le divorce par consentement mutuel, c'est-à-dire, non seulement faire ce que la loi du 8 Mai 1816 défend aujourd'hui en France, mais ce qui, même avant cette loi, n'aurait pas été permis dans les circonstances où se trouvaient alors le mari et la femme.

Mais que conclure de là ? De ce qu'en cas de refus de la femme de se laisser visiter, le mari se fût trouvé sans preuve légale pour justifier son action, s'ensuit-il ou que son action eût dû être rejetée dès le principe et sans interlocutoire, ou même qu'elle eût dû l'être après la visite et nonobstant les lumières qui en étaient résultées ?

Ce n'est surement pas la pensée de M. Toullier. Il est trop évident qu'une action dont le succès dépend d'une preuve à faire, ne peut pas être repoussée de prime abord, par la seule considération qu'il est possible que cette preuve vienne à manquer ; et encore moins être rejetée en définitive, sous le prétexte que cette preuve, quoique réellement acquise, aurait pu, par un événement quelconque, n'être pas atteinte.

Sous le second rapport, les deux arrêts de la Cour d'appel de Trèves donnent lieu à des observations qui seront mieux placées sous le mot mariage, sect. 6, §. 2, dans l'examen que nous y ferons de l'art. 181 du Code civil.]]

[ARTICLE 117.]

*3 *Demolombe, liv. 1, } [No. 12.]* Mais que décider si les deux per-
tit. 5, ch. 1, p. 16. } sonnes étant d'ailleurs de sexe différent,
 l'une d'elles était impuissante ?

“ L'impuissance à la génération, dit Pothier, est un empêchement dirimant de mariage, qui rend la personne incapable de contracter aucun mariage.” (No 96). Cette proposition était effectivement certaine dans notre ancienne jurisprudence. (Merlin. Rep., Vo. Impuissance, t. VI, p. 19.)

C'est là au contraire une difficulté fort débattue aujourd'hui.

La question se divise en deux branches :

1^o. L'impuissance est-elle un obstacle à la célébration du mariage ?

2^o. Le mariage une fois célébré, est-elle une cause de nullité ?

En d'autres termes, constitue-t-elle soit un empêchement prohibitif, soit même un empêchement dirimant ? (Infra, No 13.)

Sur le premier point, ma réponse est, dès à présent, que l'impuissance n'est pas un obstacle à la célébration du mariage, qu'elle ne constitue pas enfin un *empêchement*. Et d'abord, cette solution ne me paraît pas sérieusement contestable, lorsqu'il s'agit d'une prétendue impuissance qui ne se révèle par aucun vice d'organisation patent et extérieur, et qui ne résulterait que d'un état de faiblesse et de débilité. Cette espèce d'impuissance, qu'on appelle quelquefois impuissance naturelle (art 313), n'est jamais assez complète ni assez certaine pour être suffisamment constatée, et on peut voir, dans le Code matrimonial de Lecamus (part. III, t. II, p. 647-666), les nombreux et déplorables exemples des mariages déclarés nuls pour cause d'impuissance de l'un des conjoints, qui eut ensuite beaucoup d'enfants ! (Gênes, 7 Mars 1811, Gazonne, Sirey, 1811, II, 193.) Et d'ailleurs, lors même que cette impuissance existait réellement, elle ne constituerait pas

[ARTICLE 117.]

plus un empêchement que l'impuissance qui résulterait de l'extrême vieillesse (Infra No. 17).

Mais j'applique aussi cette solution à l'hypothèse où l'impuissance résulterait d'un vice extérieur et reconnaissable de conformation ; je l'applique enfin même au cas où l'un des futurs aurait notoirement subi une amputation, qui l'aurait rendu incapable de tout commerce charnel. Je supposerai même que la preuve en est acquise par un arrêt criminel (art. 316. C. pén.) ou par son propre aveu. Eh bien ! même alors, je ne crois pas que l'officier de l'état civil pût refuser de procéder à la célébration du mariage. Cette hypothèse est sans doute plus délicate que la première et le droit romain faisait effectivement une différence entre celui qui n'était qu'impuissant, *spado*, et le castrat, *castratus*, *qui virilitatem amiserat* L. 4, § 2, *ad leg. Cornel. de Sicariis*, *cui tam necessaria pars corporis penitus absit* (L. 7, ff. de OEdil. edict.) Le mariage de l'impuissant était valable ; celui du castrat était nul (L. 39, § 1, ff. de jure dot. ; § 9, Inst. de Adopt ; nov. 98 de Léon). Quant à notre ancienne Jurisprudence française, il n'est pas douteux qu'elle voyait dans cette impuissance radicale et démontrée un empêchement de mariage, puisque l'impuissance même la plus conjecturale produisait alors cet effet. Aussi le parlement de Paris, par arrêt du 8 Janvier 1665, déclara-t-il fondé le refus fait par un curé de célébrer le mariage d'un impuissant. (Journ. des audiences, t. II, ch. II, p. 356) ; Soëfve (Rec. de plusieurs questions notables, t. II, ch. xxxv, p. 265) rapporte aussi cet arrêt en l'approuvant.

Je constate et je reconnais moi-même ces précédents ; mais je pense qu'ils ne sauraient faire autorité sous l'empire de notre code civil, et voici mes motifs :

1o. On ne peut ajouter aucune condition à celles que la loi exige pour contracter mariage (suprà no. 10) ; or, le code civil exige seulement que le mariage ait lieu entre un *homme* et une *femme* (art. 144), entre deux individus de sexe différent ;

[ARTICLE 117.]

donc, lorsque la différence de sexe est certaine, lorsqu'il s'agit enfin d'un projet de mariage entre un homme et une femme, il est impossible de s'y opposer, même en fournissant la preuve la plus incontestable de l'impuissance, quels qu'en soient, d'ailleurs, la cause et le caractère. Il me semble qu'il n'est pas absolument exact de dire que l'impuissant, que le castrat lui-même n'a pas du tout de sexe, qu'il n'est ni *homme* ni *femme* (Zachariæ, t. 111, p 212, note 4). L'impuissant, quel qu'il soit, n'est pas, s'il est permis de s'exprimer ainsi, déclassé ; il n'en appartient pas moins au sexe qui domine en lui, malgré son infirmité ou son imperfection ; et par exemple n'est-il pas vrai qu'il est habile à remplir les fonctions de tuteur, et les charges publiques dont les femmes sont exclues ? Art. 442-3^o.

2o. L'union des sexes, la procréation des enfants est, il est vrai, la fin principale, mais non pas unique du mariage. " Le commerce charnel, dit Pothier lui-même, n'est pas de l'essence du mariage. " Le mariage n'est il donc pas une société de secours et d'assistance ? (art. 212) N'est-il pas le refuge contre les ennuis de la solitude, contre les tristesses de l'abandon ? *Non est bonum hominem esse solum* !—Eh bien ! dira-t-on, que ces deux personnes vivent et demeurent ensemble, si cela leur convient ! Qu'elles forment un contrat de société ordinaire, mais qu'elles ne demandent pas qu'on célèbre entre elles un mariage impossible, *innuptæ nuptiæ* !—L'objection est spécieuse, mais non pas concluante ; autre chose est assurément aux yeux du monde et dans les rapports de l'homme et de la femme eux-mêmes, une simple communauté d'existence, toujours plus ou moins précaire et suspecte ; autre chose le mariage, c'est-à-dire la consécration solennelle et publique de leurs mutuelles promesses ! Et puis le contrat de mariage admet des conventions, des donations, qu'aucun autre contrat ne peut recevoir (Suprà No 8). Et puis enfin, supposez que cet homme et cette femme, qui de-

[ARTICLE 117.]

mandent qu'on les marie, supposez qu'ils ont eu ensemble un enfant avant l'accident qui a nécessité la mutilation du père ; n'est-il pas évident que ces individus ont le plus grand intérêt à légitimer leur enfant par le mariage ? et ce mariage qu'ils veulent célébrer, je demande en vertu de quel texte on s'y opposera ! Pour moi, je ne crois pas qu'il en existe.

Je conclus donc que la faculté d'engendrer n'est pas une condition requise par la loi pour pouvoir contracter mariage, et que l'impuissance, quels qu'en soient la cause et le caractère, n'est pas un empêchement prohibitif au mariage, dès que les futurs époux eux-mêmes y consentent. (Despeisses, t. 1, du mariage, sect. 1, p. 275 ; Vazeille, t. 1, No. 90.)

Mais le mariage, une fois célébré, celui des époux, qui aurait été trompé, pourrait-il en demander la nullité pour cause d'impuissance de l'autre ? J'examinerai, en son lieu, cette seconde branche de la question (Infrà, No 254).

des bans des mineurs. Si ces loix requièrent le consentement des père et mère des mineurs, pour qui les bans soient
**Id., liv. 1, tit. 5, }* No. 254... Enfin, la troisième opinion, que je
ch. 4, p. 408 } partage, enseigne que l'impuissance est une cause de nullité, toutes les fois qu'elle est extérieure et manifeste, sans distinguer, alors si elle résulte d'un défaut naturel de conformation, ou d'un accident postérieur. Et d'abord que l'époux, ainsi trompé, puisse soutenir que son consentement est entaché d'une *erreur dans la personne*, c'est la conséquence logique de l'art. 180, tel que nous l'avons expliqué. En vain on objecte que l'erreur ne porte alors que sur les qualités physiques ! j'ai déjà répondu que l'erreur dans la personne était finalement toujours, d'après l'art. 180, le résultat de l'erreur sur les qualités, et qu'il appartenait aux tribunaux d'apprécier dans quels cas l'erreur sur les qualités avait un degré de force assez considérable pour devenir erreur dans la personne ; or, telle est certainement l'espèce d'erreur qui nous occupe ! Les discussions du Conseil d'Etat rappelées

[ARTICLE 117.]

plus haut ne sauraient détruire cet argument ; c'est même dans l'une d'elles que le Premier Consul, parlant de l'impuissance, s'écria :

“ La matière du mariage manque alors ! ” C'était aller trop loin sans doute (Suprà No 12) ; mais ces expressions même attestent que l'autorité d'une simple discussion n'est pas ici, plus qu'ailleurs, irréfragable. Ne serait-il pas d'ailleurs inique, et souvent même immoral, de maintenir le mariage contracté par une personne avec un individu dont les organes sexuels seraient dans un état d'imperfection patent et certain ! Remarquez bien, en effet, que je n'admets pas comme cause d'erreur cette prétendue impuissance naturelle, qu'on attribuerait seulement à la faiblesse, à la *frigidity* de la constitution ; l'incertitude, ou plutôt même l'impossibilité de la preuve sont, après bien des scandales, aujourd'hui reconnus. Je ne parle que d'une impuissance démontrée par l'état extérieur et apparent de la personne. A la vérité, je ne distingue plus alors si cet état est *naturel* au *accidentel* ; cette distinction, je conçois que la loi l'ait faite dans l'article 313, et qu'elle n'ait pas voulu écouter l'odieux désaveu fait par un mari, qui viendrait dire lui-même qu'il était, en se mariant, dans un état d'impuissance démontrée. Mais ici, c'est contre l'époux impuissant que la demande en nullité est dirigée par l'époux trompé ; et dès lors il n'y a aucun motif pour distinguer entre l'impuissance naturelle et l'impuissance accidentelle, puisque, dans les deux cas, la preuve en sera également possible et certaine.— Mais c'est là précisément qu'on m'arrête ! Que ferez-vous, si le défendeur refuse de se laisser visiter ?—Je réponds d'abord que ce n'est point là une difficulté nécessaire et inévitable : supposez, en effet, que le défendeur se soumette à la visite, et que le rapport des gens de l'art constate, de la manière la plus péremptoire, un vice patent et radical de conformation. Votre objection nous empêchera-t-elle alors d'atteindre notre but, c'est-à-dire, la nullité du mariage ? Non, sans doute. Je

[ARTICLE 117.]

conviens pourtant qu'il pourra arriver le plus souvent, en pareil cas, que le défendeur fasse défaut, ou que même, en concluant et en protestant, il ne veuille pas accepter cette humiliante épreuve. Comment sortir d'embarras ? le fera-t-on visiter de vive force ?... pourquoi pas ? est-ce que les ordres de la justice ne doivent pas être exécutés toutes les fois qu'ils peuvent l'être ? Il ne s'agit pas d'un fait actif, à l'égard duquel la contrainte n'est pas possible ; il s'agit d'un fait passif, d'un acte de soumission, de résignation. Est-ce qu'en matière criminelle, ces sortes de visites ne sont pas quelquefois ordonnées, par exemple, contre des individus accusés de viol, et dont il est nécessaire de connaître l'état, parce qu'une maladie aurait été communiquée à la victime ? Est-ce que ces visites n'ont pas lieu forcément encore pour l'exécution des lois sur le recrutement de l'armée ou sur les douanes ? Pourquoi donc en serait-il autrement dans notre hypothèse ? En vertu de quel privilège le défendeur pourrait-il, par son refus, arrêter ici l'exécution d'un ordre de la justice, et rendre l'instruction du procès, et par suite l'administration de la justice impossible ?—Je me hâte pourtant de le dire, ce moyen est unanimement repoussé ; et je conviens aussi de tout ce qu'il a de fâcheux, de violent, de contraire à nos usages et à nos mœurs. Que vous dirai-je alors ? eh bien ! on cherchera la vérité par tous les autres moyens qui peuvent en pareil cas, la découvrir, par les enquêtes, par la comparution des parties en personne, par l'interrogatoire sur faits et articles, &c. L'expérience des magistrats saura bien reconnaître si la demande est sérieuse, ou ne cache qu'un projet de divorce par consentement mutuel ; et en tous cas, s'ils doutent, ils maintiendront le mariage. Mais je n'en persiste pas moins à croire que si, au contraire, la preuve de l'impuissance leur est acquise, ils devront en prononcer la nullité. (Trèves, 27 Janv. 1808, N. N...., Sirey, 1808, II, 214 ; Trèves, 1er. Janv. 1808, N., Sirey, 1811, II, 401 ; Pothier, No 445 ; Merlin,

[ARTICLE 117.]

Rép., t. XVI, Vo Impuissance, No 2, et vo. mar, sect. VI. §. 2, 1ère quest. sur l'art. 181 ; Vazeille, t. I, No 93 ; Valette sur Proudhon, t. 1, p. 395, note a).

* 5 *Locré, Leg. Civ., p. 85.* } Mais est-il également vrai que
 absolue ? } l'indissolubilité du mariage soit

Le mariage est indissoluble en ce sens, qu'au moment où il est contracté, chacun des époux doit être dans la ferme intention de ne jamais le rompre, et ne doit pas prévoir alors les causes accidentelles, quelquefois coupables, qui, par la suite pourront en nécessiter la dissolution. Mais que l'indissolubilité du mariage ne puisse recevoir de modification dans aucun cas, c'est un système démenti par les maximes et par les exemples de tous les siècles. Il n'est pas dans la nature des choses que deux êtres organisés à part, soient jamais parfaitement identifiés : or, le législateur doit prévoir les résultats que la nature des choses peut amener. Aussi, la fiction de l'identité des époux a-t-elle été toujours modifiée : elle l'a été par la religion catholique, dans le cas de l'impuissance ; elle l'a été partout par le divorce. Dans cette discussion même, on s'est montré disposé à admettre la séparation de corps, qui est une modification du mariage, puisqu'elle en fait cesser les effets. On est convenu aussi, dans le cours de la discussion, que lorsqu'il y a impuissance, la nature du mariage manque ; que quand il y a adultère, l'engagement du mariage est violé.

* *Id., Vol. VI, p. 35.* } M. Tronchet—A l'égard de la cau-
 se d'impuissance, l'esprit du projet est de
 l'anéantir, parcequ'il est difficile et scandaleux de la prou-
 ver. Ce motif n'a pas même permis de l'admettre comme nul-
 lité du mariage : à plus forte raison ne doit on pas avoir égard
 à l'exception tirée de la maladie du mari ; une telle excep-
 tion serait d'ailleurs démentie par des exemples. Il est pru-

[ARTICLE 117.]

dent de jeter un voile sur des mystères que l'on ne peut pénétrer.

M. Portalis.—... Quant à l'impuissance, elle ne peut pas devenir le principe d'une exception, puisque dans la loi sur le mariage, on n'en a point fait l'objet d'une action en nullité ; et ce silence absolu de la loi est fondé en raison, car il n'est pas de moyen de reconnaître avec certitude l'impuissance. Il y a tant de doute à cet égard, que l'on a vu des tribunaux déclarer le mari impuissant et ses enfans légitimes, parce que l'impuissance est quelquefois relative. La loi ne doit statuer que sur ce qui est ordinaire ; or l'impuissance absolue est rare.

*2 *Toullier, p. No. 805.* } Mais cette exception était rejetée
 } par l'ancienne jurisprudence française, qui n'admettait, que deux preuves que l'on pût opposer à la présomption de la paternité fondée sur le mariage :

L'absence certaine et continuelle du mari au temps de la conception ; son impuissance naturelle ou accidentelle.

La loi n'en écoute point d'autres, disait d'Aguesseau (tôme II, p. 542). Il est évident, ajoutait-il, qu'il est même impossible d'en feindre d'autres, puisque tant que l'absence ni aucun autre obstacle n'aura point séparé ceux que le mariage unit, on ne présumera jamais que celui qui est le mari ne soit pas le véritable père.

*3 *Pand Franc., p. 275.* } [121.] Dans tous les temps, le défaut
 } de capacité de se reproduire, fut mis au premier rang des empêchemens dérimans. Aussi, non seulement le défaut de puberté, mais l'impuissance ont toujours été au nombre des causes de dissolution, ou de cassation de mariage. En effet, quoique le mariage ne consiste point uniquement dans l'union des sexes, et dans la procréation des enfans, on ne peut néanmoins nier qu'elle ne soit son principal objet. Il faut donc que cette union soit possible,

[ARTICLE 117]

pour que le mariage puisse exister. Aussi, l'empêchement, ou la nullité résultant de l'impuissance est-elle du droit naturel. Si le Code civil ne l'a point comprise au nombre des empêchements, c'est que la preuve en est difficile, et scandaleuse. Mais quand le fait est certain, comme, lorsqu'un homme est eunuque, ou castrat, il ne peut y avoir de mariage. Si un de ces êtres dégradés avait, en dissimulant son état, déterminé une femme qu'il aurait trompée, à le recevoir comme époux, elle pourrait incontestablement réclamer, et faire prononcer la nullité du mariage. L'erreur dans laquelle elle aurait été, serait déterminante. Elle aurait été abusée sur l'état de la personne.

* 2 *Duranton*, } [67.] L'impuissance dans l'un et l'autre sexe
 Nos. 67, 71. } était autrefois un empêchement au mariage,
 et en opérant la nullité, parceque la procréation des enfans
 est considérée comme sa fin principale. Ainsi, c'était moins
 pour cause d'erreur que pour incapacité, que le mariage
 pouvait être attaqué pour cause d'impuissance.

[71.] Néanmoins, par arrêt du 27 Janvier 1808, la Cour de Trèves a décidé que la Dame N. serait visitée par les gens de l'art ; et par un second arrêt, en date du 1er Juin 1810, (Sirey, 1811, 1, 401), elle a annulé le mariage de cette dame.

Si cette jurisprudence prévalait, elle ouvrirait la porte à une sorte de divorce par consentement mutuel, au moyen du refus que ferait le défendeur d'exécuter le jugement qui ordonnerait la visite, et même plus simplement encore, en faisant défaut. (Cet inconvénient peut, il est vrai, exister aussi lorsque le mariage est attaqué pour cause d'impuissance accidentelle antérieure au mariage ; mais, indépendamment de ce que le cas sera infiniment rare, la simulation sera bien moins facile que dans celui d'impuissance). La cour de Gènes nous paraît avoir mieux appliqué les principes du code à cet égard, en décidant, au contraire, que l'impuissance naturelle

[ARTICLE 117.]

n'avait point été placée parmi les causes de nullité du mariage. (Arrêt du 7 mars 1811. Sirez, 1811, 2, 193.)

**Anc. Denizart, Vo. Impuissance,* } [32.] Le temps pendant le-
Nos. 32, 36. } quel l'un des époux peut ac-
 cuser l'autre d'impuissance n'est fixé par aucune loi. Il y a
 un arrêt rendu le 20 Mars 1639, cité dans les conférences ec-
 clésiastiques du diocèse de Paris, qui a admis la plainte d'une
 femme mariée depuis dix-huit ans ; et qui l'a renvoyée devant
 l'official de Paris, pour juger de la validité ou de la nullité
 de son mariage, pour cause de l'impuissance de son mari.
 [Néanmoins après un silence pendant quelques années, il y
 a toujours turpitude à accuser d'impuissance, à cause de la
 familiarité dans laquelle les époux sont présumés avoir vécu.]

[36.] Il n'y a que l'un des deux époux qui puisse demander
 la dissolution du mariage pour cause d'impuissance, parce-
 qu'il n'est pas permis à d'autres personnes pas même à leurs
 proches, de les troubler ni d'entrer dans le secret de leur état.

Tout de même un parent ne peut pas s'opposer au mariage
 de son parent sous prétexte d'impuissance. [*Secus*, selon moi,
 s'il était notoire dans la famille, par exemple, qu'une opéra-
 tion chirurgicale eût physiquement réduit le futur au même
 état de l'impuissant ; cette opposition qui préviendrait la pro-
 fanation du sacrement de mariage, me semblerait ne pouvoir
 être que bien accueillie de la justice : le rapport des gens de
 l'art préalablement ordonné.]

* *C. N., 180. 313.* } [180.]—Le mariage qui a été contracté sans
 } le consentement libre des deux époux, ou
 de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par
 celui des deux dont le consentement n'a pas été libre.

Lorsqu'il y a eu erreur dans la personne, le mariage ne
 peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été in-
 duit en erreur.

[ARTICLE 118.]

[313.]-Le mari ne pourra, en alléguant son impuissance naturelle, désavouer l'enfant ; il ne pourra le désavouer même pour cause d'adultère, à moins que la naissance ne lui ait été cachée, auquel cas il sera admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père.

118. On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier.	118. A second marriage cannot be contracted before the dissolution of the first.
---	--

* *Pothier, mariage,*) A l'égard de la polygamie par laquelle
 Nos. 103, 105. } un homme a plusieurs femmes en même
 temps, quoique Dieu l'ait permise dans certains temps, il est
 indubitable que depuis la promulgation de l'Evangile, elle
 est défendue. Jésus-Christ, par la loi évangélique, a rappelé
 le mariage à son institution primitive ; il a voulu que le mari
 et la femme fussent *duo in carne unâ*.

Cette loi ayant élevé le mariage des chrétiens à la dignité de Sacrement, et à être le type et la figure de l'union de Jésus-Christ avec son église ; *Sacramentum magnum in Christo et in Ecclesiâ*. Paul, *ad Ephes.* 5, 32 ; l'Eglise étant une, et l'unique épouse de Jésus-Christ, le mariage des chrétiens, qui est la figure de cette union, doit être l'union d'un seul homme avec une seule femme.

Jésus-Christ s'étant donné à son église tout entier et sans partage, un mari doit pareillement se donner tout entier à sa femme et sans partage ; et c'est un adultère, lorsque du vivant de sa femme, il en épouse une autre ; *omnis qui dimittit uxorem suam, et alteram ducit, mœchatur* ; Luc XVI, 18. Il en est de même, lorsque, sans renvoyer sa femme, il en épouse une autre ; car quoiqu'il commette un grand péché en renvoyant sa femme, ce n'est pas cela qui le rend adultère, mais c'est parce qu'il s'unit avec une autre femme, du vivant de celle qui demeure toujours sa femme, quoiqu'il l'ait renvoyée

[ARTICLE 118.]

C'est donc avec raison que le Concile de Trente, sess. 24, can. 2, a frappé d'anathème ceux qui diraient qu'il est permis aux chrétiens d'avoir plusieurs femmes.

Le mariage, tant qu'il n'est pas dissous par la mort de l'une des parties, est donc un empêchement dirimant qui empêche le mari de pouvoir contracter valablement mariage avec une autre femme, et la femme de pouvoir se marier valablement avec un autre homme.

[105].—Une personne qui a contracté un premier mariage, ne pouvant pas en contracter valablement un second, tant que le premier n'est pas dissous par la mort de la personne qu'elle avait épousée en premier lieu, c'est une conséquence que tant qu'elle n'est pas assurée de sa mort, elle ne peut passer à un second mariage ; car autrement, elle se mettrait dans le risque de commettre un adultère par ce second mariage, dans le cas auquel le premier mariage subsisterait ; et par le risque auquel elle s'exposerait volontairement, elle se rendrait devant Dieu, coupable d'adultère : c'est pourquoi Saint Basile dans son épître canonique à Amphiloque, *can.* 31, dit : *quæ, cùm vir secessit et non apparet, ante quam de ejus morte certior facta fit, cum alio cohabitavit, mæchatur.*

Il est vrai que suivant la disposition de la loi romaine, lorsque l'un des conjoints avait été amené en captivité, et qu'il s'était écoulé le temps de cinq ans sans qu'on eût eu de ses nouvelles, il était présumé mort, et il était permis à l'autre conjoint de se marier à un autre ; L. 6, ff. de divort. Mais l'Eglise n'a jamais permis aux fidèles d'user de cette permission que la loi séculière accordait ; et Justinien l'a abrogée par sa Nouvelle 117, cap. II. [Consultez les autorités citées sous l'article 108.]

* 3 *Pand. Franç.*, } “ C. N. 147.—On ne peut contracter un
 p. 154. } second mariage, avant la dissolution du
 premier ”

[ARTICLE 118.]

[48.] Cette disposition est la répétition de cette règle du droit romain : *qui matrimonio conjectus est, eo non dissoluto, aliud matrimonium contrahere prohibetur.* (Pothier in Pandect. Justinian. lib. 23, tit. 2, part. 2, sect. 2, n. 22.)

Elle est prise dans la nature du mariage. C'est l'union d'un homme et d'une femme. Elle confond les esprits, les âmes, les volontés, autant que les corps. L'homme se donne tout entier à sa femme. Cette union exclusive ne permet pas, que ni l'homme, ni la femme se donne à un-autre. La polygamie est donc contraire à l'institution du mariage ; *erunt duo in carne uná.*

[49.] Le principe que le mariage est l'union d'un seul homme avec une seule femme, s'est conservé très longtemps, même chez les payens. Les Grecs n'avaient qu'une seule femme. Les Romains avaient la polygamie en horreur, le bigame encourait, de plein droit, l'infamie (L. 1, ff. de his qui notant. infam.) Les Germains n'avaient aussi qu'une seule femme. (Tacit. de Morib. German.)

Cependant c'est une question de savoir si la polygamie est contraire au droit naturel.

En ne considérant le mariage que comme un acte naturel, nous ne voyons point que rien s'oppose à ce qu'il ait lieu avec plusieurs femmes. La pluralité des femmes ne répugne pas à la nature. Si, à cette considération, on ajoute celle de l'Histoire Sainte, elle confirme cette opinion. Abraham a eu en même temps, avec sa femme Sara, Agar, sa servante, pour femme de second ordre. Jacob a eu en même temps deux femmes légitimes, qui étaient Lias et Rachel ; et deux femmes de second ordre, ou concubines, nommées Balor et Zelpha. Le prophète Nathan compte au nombre des bienfaits que David avait reçus de Dieu, le don qu'il lui avait fait des femmes de Saül (Dedi tibi domum Domini tui, et uxores domini tui, insinu tuo. Reg. 11, 12, 8). Enfin, suivant la loi du Deutéronome, les Juifs pouvaient avoir plusieurs femmes. (Deu-

[ARTICLE 118]

téron., ch. 21, §. 15, 16, 17.) Or, cette loi donnée par Dieu même, ne pouvait pas contenir une permission contraire à la raison naturelle.

Il faut donc décider que la polygamie n'est pas contraire à l'essence absolue du mariage ; mais qu'elle l'est à son institution primitive, à laquelle J.-C. l'a rappelé par la loi évangélique.

[50]. Observez que nous ne parlons ici que de la polygamie proprement dite, par laquelle un homme a plusieurs femmes en même temps. L'autre espèce, par laquelle une femme aurait plusieurs maris, et que l'on appelle polyandrie, a toujours été condamnée. Elle est évidemment contraire au droit naturel. Si une femme avait plusieurs maris, on ne pourrait pas savoir quel serait le père des enfants qu'elle mettrait au monde. On ne pourrait pas non plus déterminer auquel de ces maris elle devrait obéir.

La polygamie n'est en usage que chez les Asiatiques et dans les pays chauds. Elle n'est point connue dans les autres pays ; ni partout où la religion chrétienne s'est étendue, et est devenue la religion commune. Elle est effectivement contraire aux préceptes de cette religion, suivant lesquels tout homme qui épouse en même temps plusieurs femmes, est adultère. *Omnis qui dimittit uxorem suam, et alteram ducit, mœchatur.* (Luc. XVI, 18.) La loi civile est d'accord en cela, avec la loi divine, et, malgré l'extrême dépravation des mœurs qui fut la suite et l'effet de la révolution, malgré l'attention qu'apportaient les philosophes, à détruire tous les principes religieux, ils n'osèrent pas permettre la polygamie.

[51.] Le mariage tant qu'il n'est pas dissout, est donc un obstacle qui empêche un autre mariage ; et qui rend celui-ci, non seulement nul, mais criminel. C'est ce que porte l'article du Code civil, sur lequel nous écrivons.

.....
En effet, le principe, qu'un premier mariage subsistant, est

[ARTICLE 118.]

un empêchement dirimant du second, a lieu, quand même ce second mariage aurait été contracté de bonne foi, et dans la juste persuasion que le premier n'existait plus. Si par la suite l'erreur vient à se découvrir, le second mariage quoique contracté de bonne foi, sera déclaré nul.....—

[52.] De ce qu'un premier mariage est un obstacle à un second, tant qu'il subsiste, il suit que l'époux, dont le conjoint est absent, ne peut pas passer à de secondes noces, avant d'être assuré de la mort de l'absent.—...

Il suit encore du même principe, que l'officier de l'état civil ne doit pas célébrer le mariage d'une personne qui a déjà été mariée, sans se faire représenter la preuve de la dissolution du premier mariage. Cela était même défendu aux prêtres, dans le temps qu'ils étaient en possession de célébrer les mariages. (*Cap. 19, extr. de sponsalib.*)

* *Lahaie, sur art. 1.* } *Leg. 1. in fine, ff. de his qui not. infam.—*
 447, p. 47. } *Infamia notatur....* Quive suo nomine non jussu ejus, in cujus potestate esset; ejusve nomine, quem, quamve in potestate haberet, bina sponsalia, binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit.

*Leg. 2 Cod. de incert, et inutilib. nupt.—*Neminem, qui sub ditione sit Romani nominis, binas uxores habere posse, vulgo patet : cum etiam in Edicto Prætoris hujusmodi viri infamia notati sint. Quam rem competens judex multam esse non patietur :

*Leg. 18, Cod., ad leg. Jul., de adulter.—*Eum, qui duas simul habuit uxores, sine dubitatione comitatur infamia. In ea namque re non juris effectus, quo cives nostri matrimonia contrahere plura prohibentur : sed animi destinatio cogitatur. Verumtamen ei, qui te ficto cœlibatu, cum aliam matremfamilias in provincia reliquesset, sollicitavit ad nuptias : etiam crimen stupri, à quo tu remota es, quod uxorem te esse credebas, ab accusatore legitimo solenniter inferetur.

(Voir avis du conseil d'Etat, des 17 et 18 germinal an 13.)

[ARTICLE 118.]

Exposé des motifs.—Suivant une jurisprudence presque universelle, la présomption résultant de l'absence la plus longue et de l'âge le plus avancé, fut-il même de cent ans, n'est point admise comme pouvant suppléer à la preuve du décès de l'un des époux. Le plus important de tous les contrats ne saurait dépendre d'une simple présomption, soit pour déclarer anéanti celui qui aurait été formé, soit pour en former un nouveau, qui ne serait, au retour de l'époux absent, qu'un objet de scandale et de troubles. Si l'époux d'un absent était contrevenu à des règles aussi certaines ; s'il avait formé de nouveaux liens sans avoir rapporté la preuve que les premiers n'existaient plus, ce mariage serait nul, et l'absent qui paraîtrait conserverait seul le droit d'un hymen légitime.

Delvincourt, t. 1, not. 2 de la page 59.—Remarquez que ce n'est pas ici une loi religieuse, mais une loi civile ; d'où il résulte qu'elle oblige même les Français sectateurs d'une religion qui permettrait la polygamie, à moins que le bigame ne puisse prouver une bonne foi qui le rende excusable. (Toullier, t. 1, n. 527 ; Duranton, t. 2, n. 139).

Proudhon, t. 1, p. 229.—Si, par quelques erreurs ou quelques surprises, un époux déjà engagé par une union précédente en contractait une nouvelle ; que le second mariage fût attaqué, et que, pour le soutenir, on alléguât la nullité du premier, c'est la nullité ou la validité de celui-ci qui devrait être examinée et jugée avant de prononcer sur le sort du second. (Code Civil, art. 189). Toullier, t. 1, n. 530, conforme.

Boileux, p. 385.—L'officier public qui aurait prêté son ministère au deuxième mariage, connaissant l'existence du premier, serait, aussi bien que le contractant, passible de la peine de cinq à vingt ans de travaux forcés.

Si l'un des époux était de bonne foi, le mariage produirait néanmoins tous les effets civils, tant à son égard qu'à l'égard des enfans qui en seraient issus.

[ARTICLE 119.]

119. Les enfants qui n'ont pas atteint l'âge de vingt un ans accomplis, pour contracter mariage, doivent obtenir le consentement de leur père et de leur mère; en cas de dissentiment, le consentement du père suffit.	119 Children who have not reached the age of twenty-one years must obtain the consent of their father and mother before contracting marriage; in case of disagreement, the consent of the father suffices.
---	---

*Braun, Inst. Dog. sur mariage } Rapt de séduction — (Voyez
chrétien, p. 161 et suiv. } théologie morale par Mgr.
Gousset, Tom. 2, No. 796.)* Parmi les fausses interprétations, données par les parlements aux lois du Concile de Trente; nous remarquerons surtout celle qui concerne l'empêchement de *rapt*.

Le concile déclare en quoi consiste l'empêchement de *rapt*; il le définit; les Souverains Pontifes l'expliquent; les parlementaires donnent une explication différente et prétendent qu'il y a un autre empêchement de *rapt* que celui qui est défini par le concile.

Voici comment le Concile de Trente établit l'empêchement résultant du crime de *rapt*: "Le Saint Concile ordonne et prononce qu'il ne peut y avoir de mariage entre celui qui a commis un enlèvement, et la personne qui a été enlevée, tant qu'elle demeure en la puissance du ravisseur. Que si, en étant séparée et mise en un lieu sûr et libre, elle consent de l'avoir pour mari, il la retiendra pour femme.

"Mais cependant le dit ravisseur et tous ceux qui lui auront prêté conseil, aide et assistance, seront de droit même excommuniés, perpétuellement infâmes, et incapables de toutes charges et dignités; et s'ils sont clercs, ils seront déchus de leur grade.

"Le ravisseur sera de plus obligé, soit qu'il épouse la fem-

[ARTICLE 119.]

me qu'il aura enlevée, ou qu'il ne l'épouse pas, de la doter honnêtement, à la discrétion du juge."

Le *rapt* qui est un empêchement dirimant est donc l'enlèvement d'une femme, fait avec violence, d'un lieu où elle était en sûreté, pour la mettre au pouvoir du ravisseur, à dessein de la part de celui-ci de contracter mariage avec elle.

Il est nécessaire d'avoir une idée exacte de cet empêchement pour ne pas confondre ce qui est empêchement avec ce qui ne l'est pas. Pour qu'il y ait empêchement il faut 1^o qu'il y ait violence et que cette violence soit faite à une femme ; il n'a pas lieu par l'enlèvement d'un homme. 2^o Que la femme soit enlevée de la maison ou du lieu où elle était en sûreté, et qu'elle soit en la puissance du ravisseur ; car, à partir du moment où elle est rendue à sa liberté, elle peut épouser celui qui l'avait enlevée ; 3^o que l'enlèvement ait lieu à dessein, de la part du ravisseur, d'épouser la personne enlevée ; car le concile ne considère le *rapt* que par rapport au mariage dont il veut garantir la liberté. Ainsi l'empêchement n'existe pas, si la femme est enlevée pour un autre motif que celui de contracter mariage.

La séduction improprement appelée *rapt* de séduction, forme-t-elle un empêchement dirimant ? Il y a séduction lorsque quelqu'un, à force de prières, de sollicitations, de présents ou de promesses, de caresses ou autres artifices, fait sortir de la maison paternelle une jeune personne mineure, qu'il l'emmène avec lui, non malgré elle, mais malgré ses parents, dans l'intention de l'épouser. Elle consent au mariage, mais ses parents n'y consentent pas ; s'ils y consentaient, il n'y aurait plus, de l'aveu de tous, ni *rapt*, ni séduction.

Le Concile de Trente établit-il l'empêchement de *rapt* de séduction ? Le concile ne parle que de l'enlèvement d'une femme, fait avec violence, d'un lieu où elle était en sûreté, pour la mettre au pouvoir du ravisseur, à dessein de la part de celui-ci de contracter mariage avec elle.

[ARTICLE 119.]

C'est une maxime de droit, que les lois qui établissent ou des peines, ou des inhabiletés, ou des incapacités, doivent s'interpréter avec tous les tempéraments dont elles sont susceptibles, à la différence des lois favorables qui s'interprètent largement : *odia convenit restringi et favores ampliari*. La pensée du législateur, conforme aux règles de l'équité, est donc qu'on s'en tienne aux termes de la loi. Or, évidemment, les termes dont se sont servis les Pères du Concile de Trente, *raptor*, *rapere*, *raptam*, ne sont pas synonymes de *seductor*, *seducere*, *seducta*. Si vous dites que le concile n'exclut pas la séduction, qu'il ne fait aucune distinction entre cette espèce de *rapt* et la violence, on vous répondra que cela ne suffit point : pour que la séduction soit un empêchement dirimant, il faudrait prouver que le concile l'a comprise dans son décret *In raptores* ; et on ne le prouve-pas, et on ne peut le prouver. D'ailleurs, si on persiste à vouloir que la séduction ne soit pas moins contraire à la liberté que la violence, que sous le nom de *raptores*, le concile comprenait celui de *seductores*, de quel droit s'est-on permis de restreindre la séduction aux personnes âgées de moins de 25 ou 21 ans. Car, de l'aveu de tous, le *rapt* peut avoir lieu à l'égard d'une femme majeure.

L'ancien droit français en ce point est entièrement conforme à la législation du Concile de Trente.

L'ordonnance de Louis XIII, de 1639 art. 3, déclare nuls les mariages faits avec ceux qui ont ravi des veuves ou filles, de quelque âge ou condition qu'elles soient, sans que par le temps, ni par le consentement des personnes ravies, de leurs père et mère, tuteur, ils puissent être confirmés, *tandis que les personnes ravies sont en la puissance du ravisseur*.

L'ordonnance de Louis XIII, comme le Concile de Trente, ne parlent que de l'enlèvement d'une veuve ou d'une fille, fait en vue d'un mariage, car empêcher le *rapt* est le but de l'ordonnance comme du concile. La législation civile en ce

[ARTICLE 119]

point, est entièrement d'accord avec la législation ecclésiastique.

Mais les parlements, ou bien interprétant mal quelques anciennes ordonnances, ou bien séduits par les fausses théories de Launoy et usurpant un pouvoir qu'ils n'avaient pas, inventèrent une autre espèce de rapt, qu'ils appelèrent rapt de séduction, et qu'ils déclarèrent empêchement dirimant. Oubliant ensuite la législation française, qui défendait aux tribunaux laïcs de juger les causes matrimoniales, ils se mirent à juger, à annuler des mariages validement contractés, sous prétexte de rapt de séduction, et ne craignirent pas de violer les canons du Concile et d'encourir l'anathème : " Si quelqu'un dit que les causes de mariage n'appartiennent pas aux juges ecclésiastiques, qu'il soit anathème."

Voici comment Pothier explique le rapt de séduction :

" Nous entendons ici par séduction, lorsque, sans employer la violence, mais par de mauvaises voies et de mauvais artifices, on engage une jeune personne à consentir à un mariage.

" La séduction, dans notre droit français, n'est pas moins un empêchement dirimant de mariage, que le rapt : nous le regardons même comme une espèce de rapt et nous l'appelons rapt de séduction.

" La séduction se présume de droit, lorsqu'un mineur s'est marié sans le consentement de ses père et mère, tuteur ou curateur ; et en conséquence, sur l'appel comme d'abus que les père, mère, tuteur ou curateur interjettent de ces mariages, les parlements les déclarent nuls.

" Cela a lieu, même dans le cas auquel un Français mineur se serait marié hors du royaume, dans un pays où cette présomption n'est pas admise, et où les mariages des mineurs sont valables sans le consentement de leurs père et mère. C'est ce qui a été jugé par un arrêt rapporté par d'Héricourt, à l'égard d'un mineur de Lyon qui s'était marié à Liège : le mariage fut déclaré abusif. La raison est que nos

[ARTICLE 119.]

lois qui obligent les mineurs à requérir le consentement de leurs père et mère pour se marier, et qui les présument séduits lorsqu'ils y ont manqué, sont des lois qui, ayant pour objet les personnes, sont personnelles, et exercent leur empire à l'égard des personnes qui y sont sujettes, en quelque endroit qu'elles contractent.

“ La séduction n'est pas présumée à l'égard des majeurs, à moins que le commerce illicite n'ait commencé dès le temps de leur minorité ; de manière que le mariage contracté en majorité puisse être une suite de la séduction.”

Voilà comment Pothier expose le rapt de séduction.

L'empêchement de séduction tire donc toute sa force de la résistance ou du défaut de consentement des pères de famille, ou de ceux sous la puissance desquels se trouve la personne qui se laisse séduire ; car suivant les jurisconsultes parlementaires, et certains canonistes, qui les ont suivis parfois avec trop de confiance, cet empêchement ne s'étend pas aux femmes majeures, et n'a lieu, pour les mineures, qu'autant que leurs parents s'opposent au mariage. Si le père d'une fille mineure consent, le mariage est valable, s'il ne consent pas, le mariage est nul. Or, cette jurisprudence tend évidemment à rendre illusoire cet autre décret du Concile de Trente, qui condamne ceux qui prétendent que les pères et les mères peuvent, par un refus de consentement, annuler le mariage de leurs enfants. Voici les paroles du Concile : “ Le saint Concile condamne d'anathème ceux qui soutiennent faussement que les mariages contractés par les enfants de famille sans le consentement de leurs parents sont nuls, et que les pères et mères peuvent les rendre valides ou les rendre nuls.”

Supposons que quelques anciennes ordonnances de nos rois laissent conclure les parlements à un rapt de séduction reconnu par la loi comme empêchement dirimant, que s'en suivrait-il ? Nous l'avons déjà dit dans ces instructions : ni

[ARTICLE 119.]

les ordonnances des rois, ni la jurisprudence des tribunaux séculiers, ne peuvent établir des empêchements dirimants au mariage chrétien, et les empêchements qu'ils établiraient ne peuvent avoir aucun effet, tant que l'Eglise ne les approuve pas et ne les reconnaît pas pour ses propres lois. Les effets civils seuls sont du ressort de la juridiction des rois et des tribunaux. Soutenir le contraire, c'est encourir l'anathème. " Si quelqu'un dit que les causes matrimoniales n'appartiennent pas aux juges ecclésiastiques, qu'il soit anathème."

Quant à la coutume qu'on invoque en faveur de l'empêchement de séduction, elle ne peut avoir force de loi. C'est un principe reçu par les théologiens qu'une coutume fondée sur la fausse interprétation d'une loi n'a pas d'effet. " Quelque ancien et quelque universel que soit un usage, dit le rédacteur des conférences d'Angers, s'il ne s'est introduit et conservé que dans la fausse supposition d'une loi qui n'exista jamais, et sans laquelle néanmoins on n'avait aucune intention de s'y assujettir, il ne peut acquérir le sacré caractère d'une loi. L'erreur commune, tant qu'elle subsiste, forme une obligation ; mais commence-t-on à être désabusé, les choses reviennent à leur premier état, et la société rentre, à cet égard, dans son ancienne liberté." Or l'usage qui règne, relativement à l'empêchement de séduction, s'est introduit, sur l'autorité de certains canonistes et de certains jurisconsultes, qui ont donné au décret du Concile de Trente plus d'étendue qu'il n'en a, et aux lois civiles une vertu qu'elles n'ont pas.

D'ailleurs le Saint Siège ne reconnaît pas de coutumes particulières sur une matière aussi grave que celle dont il s'agit. Nous avons vu la réponse d'Urbain VIII refusant de confirmer la décision du clergé de France qui s'appuyait sur une coutume pour déclarer nul le mariage de Gaston d'Orléans contracté sans le consentement du roi. Le Pape disait qu'il ne pouvoit regarder comme invalide un mariage contracté

[ARTICLE 119.]

avec toutes les conditions prescrites par le Concile de Trente ; que s'il était contraire aux coutumes de France, on pouvait le déclarer nul quant aux effets civils, mais non quant au sacrement.

Nous avons aussi cité la réponse de Pie VII à Napoléon qui voulait faire casser le mariage de son frère Jérôme : “ L'Eglise, bien loin de déclarer nuls, quant au lien, les mariages faits sans le consentement des parents et des tuteurs, les a, même en les blâmant, déclarés valides dans tous les temps, et surtout dans le Concile de Trente. Il est également contraire aux maximes de l'Eglise de faire découler la nullité du mariage de la circonstance du rapt ou de séduction ; l'empêchement produit par le rapt n'a lieu qu'autant que le mariage a été contracté entre le ravisseur et la personne enlevée, avant que celle-ci ait été remise en pleine possession de sa liberté. Or, dans le cas actuel, il n'y a rapt en aucune façon, d'autant que les mots de rapt, de séduction, employés dans le mémoire, ne signifient autre chose que l'absence du consentement de la part des parents, dont on veut déduire la séduction du mineur : on ne saurait donc, en conséquence, y trouver un obstacle dirimant au lien matrimonial.”

Le rapt, tel que l'entend le Concile de Trente, est donc un véritable empêchement dirimant ; le rapt de séduction, tel que l'entend Pothier, ne repose que sur la fausse interprétation d'une loi : il n'a jamais été reconnu par l'Eglise, il ne peut donc pas affecter le lien conjugal.

* *Pothier, Mariage,* } [No. 324]...Il paraît par le préambule de
 Nos. 324 à 328. } l'Edit de Henri II, du mois de Février
 1556, qu'il n'y avait aucune loi en vigueur contre les mariages des enfans de famille, contractés sans consentement de leurs père et mère. Voici comment cet Edit s'exprime :
 “ Comme sur la plainte à nous faite des mariages, qui jour-
 “ nellement, par une volonté charnelle, indiscrete et désor-
 “ donnée, se contractaient en notre Royaume, par les enfans

[ARTICLE 119.]

“ de famille, contre le vouloir et consentement de leurs père
 “ et mère, n’ayant aucunement devant les yeux la crainte de
 “ Dieu, l’honneur, révérence et obéissance qu’ils doivent à
 “ leurs dits parens... Nous eussions longtemps conclu et arrêté
 “ sur ce faire une bonne loi et ordonnance, par le moyen de la-
 “ quelle ceux qui, pour la crainte de Dieu, l’honneur et ré-
 “ vérence paternelle et maternelle, ne seraient détournés et
 “ retirés de mal faire, fussent par la sévérité de la peine
 “ temporelle révoqués et arrêtés... Pour ces causes... ” Il
 paraît par ces termes, qu’il n’y avait aucune loi en vi-
 gueur contre ces mariages, et que c’est ce qui a porté le Roi
 à faire cet Edit.

Ensuite l’Edit continue ainsi : “ Avons dit, statué...que les
 “ enfans de famille ayant contracté, et qui contracteront ci-
 “ après mariages clandestins contre le gré, vouloir et consen-
 “ tement de leurs père et mère, puissent, pour telle irrévé-
 “ rence, ingratitude, mépris et contemnement de leurs dits
 “ pères et mères, transgressions de la loi de Dieu, être par
 “ leurs dits pères et mères, et chacun d’eux exhéredés... Puis-
 “ sent aussi les dits pères et mères, pour les causes que dessus,
 “ révoquer toutes donations qu’ils auraient faites à leurs en-
 “ fans. ”

L’Edit continue en ces termes : “ Voulons que les dits en-
 “ fans, qui ainsi seront illicitement conjoints, soient déclarés,
 “ au dit cas d’exhéredation, et les déclarons incapables de
 “ tous avantages qu’ils pourraient prétendre par le moyen
 “ des conventions apposées ès-contrats de mariage, ou par le
 “ bénéfice des Coutumes et Loix de notre Royaume. ” Ob-
 servez que l’Edit ne prononce, contre ces enfans, la peine de
 la déchéance de leurs conventions matrimoniales, et des bé-
 néfices des coutumes, qu’en cas d’exhéredation : car la loi
 n’étant faite que pour venger les pères et mères, lorsque les
 pères et mères veulent bien leur pardonner, la loi leur par-
 donne aussi.

[ARTICLE 119.]

Il ne suffit pas aux enfants, pour éviter ces peines, d'avoir requis le consentement de leurs père et mère, s'ils ne l'ont obtenu sauf en deux cas sur lesquels l'Edit s'exprime en ces termes : “ N'entendons comprendre les mariages qui seront
 “ contractés par les fils excédant l'âge de trente ans, et les
 “ filles ayant 25 ans passés et accomplis ; pourvu qu'ils se
 “ soient mis en devoir de requérir l'avis et conseil de leurs
 “ dits père et mère : ce que voulons aussi être gardé pour le
 “ regard des mères qui se remarient, desquelles suffira re-
 “ quérir leur conseil ; et ne seront les dits enfants, au dit
 “ cas, tenus d'attendre consentement.”

Enfin l'Edit ajoute d'abondant : “ Avons ordonné que les
 “ dits enfants.....et ceux qui auront traité tels mariages avec
 “ eux et donne conseil ou aide pour la consommation d'iceux
 “ soient sujets à telles peines qu'elles seront avisées, selon
 “ l'exigence des cas, par nos Juges, etc.”

[325.] Cette ordonnance d'Henri II a été confirmée par celle d'Henri III, aux Etats de Blois, article 41.

En l'article 40, il est dit : “ Enjoignons aux Curés de s'en-
 “ quérir de la qualité de ceux qui voudront se marier : et
 “ s'ils sont enfans de famille ou en puissance d'autrui, nous
 “ leur défendons de passer outre à la célébration des dits
 “ mariages, s'il ne leur apparait du consentement des pères
 “ et mères, tuteurs ou curateurs, sur peine d'être punis com-
 “ me *fauteurs du crime de rapt.*”

L'Edit de Melun, du même Roi, confirme l'art. 40 de l'ordonnance de Blois, ci-dessus rapporté.

[326.] Louis XIII, par sa déclaration du 26 Novembre 1639, nous dit que les peines portées par les Ordonnances des Rois ses prédécesseurs contre les mariages contractés par des enfans de famille, sans le consentement de leurs père et mère, n'ayant pu les arrêter, il a jugé à propos, pour les réprimer, d'en ajouter de nouvelles. Et en l'article 2, il dit : “ Le con-
 “ tenu de l'Edit de Blois de l'an 1556, et aux articles 41... de

[ARTICLE 119.]

“ l’ordonnance de Blois sera observé ; et y ajoutant... Avons
 “ déclaré et déclarons les veuves, fils et filles moindres de 25
 “ ans qui auront contracté mariage contre la teneur des di-
 “ tes ordonnances, privés et déchus par le seul fait, ensem-
 “ ble les enfans qui en naitront et leurs hoirs, indignes et
 “ incapables à jamais des successions de leurs père, mère,
 “ et aïeuls, et de toutes autres directes et collatérales, comme
 “ aussi des droits et avantages qui pouvaient leur être acquis
 “ par contrats de mariages et testamens, ou par les coutumes
 “ et Loix de notre Royaume, même du droit de légitime ; et
 “ les dispositions qui seront faites au préjudice de notre Or-
 “ donnance, soit en faveur des personnes mariées, soit par
 “ elles au profit des enfans nés de ces mariages, nulles, de
 “ nul effet et valeur : Voulons que les choses ainsi données,
 “ ...demeurent irrévocablement acquise à notre fisc, sans que
 “ nous en puissions disposer qu’en faveur des Hopitaux, ou
 “ autres œuvres pies, etc.”

Quoique ces lois que nous venons de rapporter, en con-
 damnant les mariages contractés par les enfans de famille
 sans le consentement de leurs père et mère, paraissent se
 borner à infliger des peines aux enfans qui les contractent
 et à ceux qui y ont pris part, et qu’aucune n’ait déclaré en ter-
 mes formels et précis, que les mariages des mineurs, contractés
 sans le consentement de leurs père et mère, sont nuls ; néan-
 moins si on considère attentivement l’esprit de ces lois, on
 découvrira facilement qu’elles réputent nuls et non valable-
 ment contractés tous les mariages des mineurs, contractés
 sans le consentement de leurs père et mère.

L’article 40 de l’Ordonnance de Blois, ci-dessus rapporté,
 en défendant aux curés de passer outre à la célébration du
 mariage de ceux qui sont enfans de famille ou en puissance
 d’autrui, s’il ne leur apparait du consentement des père et
 mère, tuteurs ou curateurs, sur peine d’être punis comme
fauteurs du crime de rapt, pour cela seul qu’ils ont marié un

[ARTICLE 119.]

mineur sans le consentement de ses père ou mère, elle suppose donc qu'un mariage d'un mineur doit passer pour entaché du vice de séduction, pour cela seul qu'il est contracté sans le consentement de ses père et mère, n'y ayant qu'une grande séduction qui puisse porter un mineur à manquer à ce devoir. Mais si le mariage d'un mineur, pour cela seul qu'il est contracté sans le consentement de ses père et mère, est réputé entaché du vice de séduction, c'est une conséquence nécessaire qu'il est pour cela seul réputé nul et non valablement contracté, la séduction étant contraire à la liberté du consentement, qui est de l'essence du mariage, et étant un empêchement dirimant de mariage.

Cette présomption du vice de séduction dans le mariage des mineurs, que l'Ordonnance fait résulter du défaut de consentement des père et mère, est du nombre des présomptions qu'on appelle en Droit *præsumptiones juris*, qui sont équipollentes à une preuve parfaite, et qui dispensent d'en apporter d'autres.

On peut bien avoir besoin d'autres preuves, pour faire déclarer coupable de séduction la personne que le mineur a épousée sans le consentement de ses père et mère, et pour infliger des peines à cette personne ; mais on n'en a pas besoin pour déclarer nul le mariage. C'est pourquoi, comme l'observe M. d'Aguesseau dans son plaidoyer qui sera ci-dessous cité, on trouve plusieurs arrêts qui ont déclaré un mariage nul, en mettant hors de cour sur l'extraordinaire contre la personne que le mineur avait épousée, et par qui on le prétendait avoir été suborné.

La raison est, que pour le mariage d'un mineur, contracté sans le consentement de ses père et mère, soit réputé entaché du vice de séduction, et en conséquence nul, il suffit qu'il y ait eu une séduction, qui est toujours présumée : mais il n'est pas nécessaire que ce soit la personne que le mineur a épousée, qui en soit coupable. Il n'importe de quelle part la séduction soit venue ; quand même, ce qui arrive souvent,

[ARTICLE 119.]

elle aurait été réciproque, le mariage n'en serait pas moins censé entaché du vice de séduction, et en conséquence nul. Car une séduction, pour être réciproque, n'en est pas moins contraire à la liberté du consentement qui est de l'essence du mariage.

La séduction en ce cas n'est considérée que dans la chose même, on ne considère pas de la part de qui elle vient ; quand même ce serait le mineur qui s'est marié sans le consentement de ses père et mère, qui se serait séduit lui-même par sa passion. Quand même celle qu'il a épousée n'y aurait contribué que par le malheur qu'elle a eu de lui plaire, la séduction ne laisserait pas d'être en ce cas présumée, et le mariage en conséquence, réputé comme nul, comme l'observe M. d'Aguesseau.

Ce que l'Ordonnance de Blois, art. 40, a ordonné pour la publication des bans de mariage, et pour la manière d'en obtenir dispense, si on fait attention aux motifs qu'elle a eus pour faire ces dispositions, sert aussi à convaincre que l'esprit de cette ordonnance a été d'annuler les mariages des mineurs faits sans le consentement de leurs père et mère.

Cet article que nous avons rapporté *suprà*, n. 69, part. 2, dit : *Pour obvier aux abus qui adviennent des mariages clandestins, avons ordonné que nos sujets ne pourront valablement contracter mariage sans proclamations précédentes de bans.* Si on examine quel a été le principal motif qui a porté l'ordonnance à prescrire cette formalité de la publication des bans, on s'appercevra facilement que son principal objet, en prescrivant cette formalité et en la prescrivant à peine de nullité des mariages, a été d'empêcher les mineurs de se marier à l'insçu de leurs père et mère, et sans leur consentement. En effet, le défaut de publication de bans, passe pour être de nulle considération dans le mariage des majeurs : même à l'égard du mariage des mineurs, le défaut de publication de bans n'y est pas considérée, lorsque les père et mère du mi-

[ARTICLE 119.]

neur ne se plaignent pas du mariage, et qu'il a été fait de leur consentement. Il est donc évident que l'ordonnance de Blois, en prescrivant la formalité de la publication des bans, à peine de nullité des mariages, n'a pas d'autre vue principale que celle d'empêcher les mineurs de pouvoir valablement contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère.

Cela supposé, l'ordonnance de Blois, en déclarant nuls et non valablement contractés les mariages, lorsqu'on aurait manqué d'observer une formalité principalement établie pour empêcher les mineurs de se marier à l'insçu et sans le consentement de leurs père et mère, ne fait-elle pas suffisamment connaître que son esprit est que les mariages des mineurs, contractés sans le consentement de leurs père et mère, ne puissent subsister, et qu'ils soient réputés non valablement contractés ? Pourrait-on penser, sans absurdité, que l'ordonnance eût pu avoir plus d'indulgence pour le mal même qu'elle a voulu prévenir et empêcher, que pour l'inobservation d'une formalité qu'elle n'a établi que pour le prévenir et empêcher.

Pour se convaincre encore plus que l'esprit de nos lois est de regarder comme nuls les mariages des mineurs contractés sans le consentement de leur père et mère, on peut tirer argument de la seconde disposition de l'article 40 de l'ordonnance de Blois, rapportée *suprà*, n. 78, qui porte que la dispense de quelqu'une des proclamations de bans, ne pourra être accordée que du consentement des principaux parens des parties contractantes, et par conséquent de leurs père et mère ; et de la disposition de la déclaration du 28 Septembre 1639, rapportée *suprà*, n. 76, qui exige le consentement des père et mère, tuteurs et curateurs, pour la proclamation des bans des mineurs. Si ces lois requièrent le consentement des père et mère des mineurs, pour que leurs bans soient valablement publiés ; si elles les requièrent pour les dispenses

[ARTICLE 119.]

des bans, pour qu'elles soient valablement obtenues, n'est-il pas évident que l'esprit de ces loix est de requérir à plus forte raison, ce consentement des père et mère au mariage des mineurs; pour qu'il soit valablement contracté? le mariage étant quelque chose de plus important que les proclamations de bans et les dispenses; et ce consentement n'étant pour les proclamations des bans et pour les dispenses, que pour parvenir à la fin que les mineurs ne puissent valablement contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère.

Nous avons puisé tout ce que nous venons de dire sur la nécessité du consentement des père et mère pour la validité du mariage des mineurs, dans le Plaidoyer de Monsieur d'Aguesseau, dans la cause de Melchior Fleuri, contre la Demoiselle de Rezac, qui se trouve au troisième volume de ses ouvrages, et qui est le trentième deses Plaidoyers. Il faut le lire en entier; les Plaidoyers de ce grand magistrat sont faits avec une précision si admirable, qu'il n'y a pas un mot à en retrancher et qu'on ne peut les extraire sans les énerver.

Toutes les loix que nous avons rapportées, qui concernent le mariage des mineurs de vingt-cinq ans, ont lieu, même dans les Coutumes qui permettent aux enfants de se marier après l'âge de vingt ans sans le consentement des pères. La Déclaration du 26 Novembre 1639 y déroge expressément. Elles ont lieu même à l'égard de ceux qui, dans certaines provinces du Royaume, sont réputés majeurs à vingt ans. Cette majorité coutumière que la loi de leur pays leur accorde, n'a aucun effet en matière de mariage, et elle n'empêche pas que le mariage que ces mineurs de vingt-cinq ans, majeurs de majorité coutumière, auraient contracté sans le consentement de leurs père et mère, ne doive être déclaré non valablement contracté. Basnage, sur la Coutume de Normandie, en fait une maxime, qu'il autorise d'un arrêt du 28 Janvier 1659, lequel, sur l'appel comme d'abus qu'une mère avait interjetté du mariage que son fils, majeur de majorité cou-

[ARTICLE 119.]

tumière, mais mineur de 25 ans, avait contracté sans son consentement, déclara le mariage nul. Il y a un autre arrêt du 18 Mars 1651, rapporté par Soëfve, qui a jugé la même chose.

[327]. Quand même le mineur français aurait contracté son mariage sans le consentement de son père et de sa mère hors le Royaume, et dans un lieu dont les loix ne regardent pas ces mariages comme nuls, il ne laisserait pas d'être déclaré nul et abusif, comme nous l'avons vu *suprà*, No. 229.

* *Pothier, des Personnes, 1re. }* Dans nos pays coutumiers,
part., tit. 6, sec. 2, p. 604. } la puissance paternelle ne
 consiste que dans deux choses :

1o. Dans le droit que les père et mère ont de gouverner avec autorité la personne et les biens de leurs enfans, jusqu'à ce qu'ils soient en âge de se gouverner eux-mêmes et leurs biens. De ce droit dérive la Garde-noble et bourgeoise, dont nous parlerons dans la section suivante.

2o. Dans celui qu'ils ont d'exiger de leurs enfans certains devoirs de respect et de reconnaissance...(voir art. 243, C. C. B. C.)

La puissance paternelle, quant à la seconde partie, ne peut finir que par la mort naturelle du père ou de ses enfans ; car des enfans ne peuvent jamais être dispensés des devoirs de reconnaissance et de respect, dans lesquels elle consiste.

C'est de la puissance paternelle, considérée quant à cette seconde partie, que dérive l'obligation où sont les enfans de requérir le consentement de leurs père et mère pour se marier. Tous les enfans, quelque âge qu'ils aient, sont obligés de requérir ce consentement de leurs père et mère ; mais tous ne sont pas obligés de l'obtenir. Les garçons de trente ans, les filles de vingt-cinq, peuvent, sans être sujets à aucune peine, contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère, après qu'ils ont réquis leur consentement par des sommations, qu'on appelle respectueuses.....

[ARTICLE 119.]

Que si les enfans, qui ont contracté mariage sans le consentement de leur père et de leur mère, sont mineurs de vingt-cinq ans, leur mariage, suivant la jurisprudence, est présumé entaché du vice de séduction, et sur l'appel, comme d'abus, que les père et mère, dont on a méprisé le consentement, peuvent interjetter de la célébration de ce mariage, les Cours Souveraines ont coutume de le déclarer nul et abusif.....

Lorsque les père et mère approuvent dans la suite le mariage de leurs enfans, contracté contre leur gré, ou à leur insçu, tout le vice résultant de ce défaut de consentement, est dès-lors jugé : dès-lors, les père et mère ne sont plus recevables à quereller ce mariage ; dès-lors, l'enfant cesse d'être sujet à la peine de l'exhérédation, et à toutes les autres, dont il a été parlé.

Il n'est pas nécessaire que cette approbation soit expresse : l'approbation tacite produit cet effet, comme si, V. G. le père et la mère ont reçu, chez eux leur gendre ou leur brue, etc.

* 3 *Pand. Franç.*, } No. 56.—Le consentement des père et
p. 164 et suiv. } mère, pour le mariage de leurs enfans, a
été très anciennement exigé en France. On le trouve requis
dans les Capitulaires du roi Dagobert, (2e. partie intitulée :
Lex alemannorum, ch. 54, art. 1. *Si quis filiam alterius, non des-*
ponsatam, acceperit sibi uxorem, si pater ejus eam requirit, red-
dat eam, et cum quadraginta solidis eam componat.) On le re-
trouve demandé par les Capitulaires des rois de la seconde
race. (Recueillis par *Benedictus Levita*, liv. 7, art. 463.)

Il paraît que ces loix étaient tombées en désuétude ; car, on voit, par le préambule de l'édit de Henri II, du mois de Février 1556, qu'il n'y avait alors aucune loi en vigueur en France, contre les mariages des enfans de famille, contractés sans le consentement des père et mère. L'édit permet à ceux-ci d'exhérer les enfans qui auront contracté mariage, sans leur consentement, (cet Edit, est l'ouvrage du fameux chan-

[ARTICLE 119.]

celier de l'Hopital.) à moins que les enfans, étant âgés de plus 30 ans, pour les garçons, et de plus de 25, pour les filles, n'eussent requis le consentement.

Cet édit a été confirmé par l'Ordonnance de Blois (art. 40 et 41.), et par la Déclaration du 26 Novembre 1639, qui ajoute de nouvelles peines à celles portées par les loix précédentes.

Mais, toutes ces loix se bornaient à ces peines. Aucune ne prononçait formellement la nullité des mariages. C'est la jurisprudence, fondée néanmoins sur l'intention évidente du législateur, qui avait introduit la peine de nullité. A cet égard, la jurisprudence était parfaitement uniforme. La nullité avait lieu, même dans les Coutumes qui permettaient aux enfans de se marier, après l'âge de 20 ans, sans le consentement de leurs père et mère, parce que la loi était générale ; et que d'ailleurs, la Déclaration de 1639, y avait expressément dérogé. Elle avait également lieu, et par la même raison, dans les Coutumes qui fixaient la majorité à vingt ans ; cette majorité coutumière n'avaient aucun effet en matière de mariage. (D'Aguesseau 30e. Plaidoyer, tome 3.—Basnage sur la Coutume de Normandie.)

[57.] Il ne peut y avoir aujourd'hui aucune difficulté. Les termes dans lesquels s'exprime le Code Civil, ne laissent aucun doute sur la nullité du mariage contracté par des enfans mineurs de 25 ans, sans le consentement de leurs père et mère. Il est nul, quand même il aurait été contracté hors de France, et dans un pays dont les loix ne requièrent pas le consentement des père et mère ; parce que, comme nous l'avons vu, les loix qui règlent la capacité des personnes, sont des statuts personnels qui suivent la personne partout.

L'éloignement du lieu où demeure le père ou la mère, lorsque ce lieu est connu, ne dispense pas l'enfant d'obtenir ce consentement. Le vice résultant du défaut de consentement, même en ce cas, ne serait pas couvert par l'approbation que les plus proches parens auraient donné au mariage: (Pothier, mariage, No. 328.).....

[ARTICLE 119]

Il n'en est pas de même, quand le père ou la mère est absent de longue absence, et qu'on ne connaît pas le lieu de sa résidence. Le consentement est alors suppléé par la famille assemblée. Ce que nous disons est pour le cas de l'absence du père et de la mère. Si l'un des deux est présent, et que ce soit le père, son consentement suffit. Si c'est la mère, elle doit assembler la famille.

Faudra-t-il attendre la déclaration de l'absence ? Il semble que oui ; car, suivant le Code Civil jusque là, il n'y a point encore d'absence : il y a seulement non présence. Si, cependant, il y avait urgence, s'il y avait danger dans la demeure, comme celui de faire manquer un établissement avantageux ; on peut, en vertu de l'art. 112, titre 4, s'adresser au tribunal de première instance, qui pourra autoriser le mariage. C'est un de ces cas où, suivant la loi même, il faut suppléer sans délai, l'administration du père de famille.

[58]. Le consentement du père et de la mère n'est pas nécessaire, quand ils ont perdu l'état civil ; *pro mortuis et nullis habentur*. La mort civile leur fait perdre tous les droits de famille ; et ceux de puissance paternelle.....

[59]. L'enfant mineur qui a requis le consentement de son père, pour un mariage qu'il prétend lui être avantageux, et qui a éprouvé un refus, peut-il recourir au juge, et être autorisé par lui, sur un avis de parens, à contracter ce mariage, contre le gré de son père ?

Pour l'affirmative, on invoquera la constitution de Sévère et Antonin, qui est la loi 19 au digeste de *Ritu nuptiarum* ; par laquelle ces empereurs statuent, que le père peut être forcé à donner son consentement. (*Capite 35, legis Juliae, qui liberos, quos habent in potestate, injuriâ prohibuerint ducere uxores, vel nubere, vel cum dote dare non volunt, ex constitutione divorum Severi, et Antonini, per proconsules, præsidisque provinciarum coguntur in matrimonium collocare, et dotare. Prohibere autem videtur qui conditionem non quærit.*) On ob-

[ARTICLE 119.]

servera même que cette règle ne fut pas un nouveau droit introduit par ces princes, puisqu'ils disent qu'elle était déjà établie par la loi *Julia*.

Il faut remarquer que cette loi ne porte pas que le père sera forcé de consentir à tel ou tel mariage désigné, ou à celui qu'il plaira à un enfant de contracter. Elle est faite contre les pères qui refusent, en général, de marier leurs enfans, et de les doter. Elle est fondée sur le principe que le père est obligé de fournir une dot. Cette loi ne peut pas, en conséquence, prêter d'argument pour le cas proposé. Elle le peut d'autant moins, que le droit qui lui sert de fondement, est abrogé dans la nouvelle Législation française. Le Code civil a rendu générale la maxime du droit coutumier, *ne dote qui ne veut*. Le père ne peut donc plus être soumis à l'obligation de la loi romaine, à celle de marier et de doter.

L'argument tiré de la loi 19, écarté, la question reste nue. Il faut la décider pour la négative. Si on permettait le recours au juge, on jetterait la dissension dans les familles, et l'on anéantirait l'autorité paternelle.

On trouve néanmoins, au 7e tome du Journal des Audiences, un arrêt du 17 Juillet 1722, qui a autorisé un mineur, sur l'avis de sa famille, à contracter un mariage, auquel la mère refusait son consentement. Mais, comme on voit, il ne s'agissait que de la mère. On n'en trouve aucun rendu contre le père.

Soëfve en rapporte un (Tôme 2, cent. 2, ch. 93.) rendu en faveur d'une demoiselle, contre son aïeul ; mais il y avait des circonstances particulières. Outre que le mariage était très avantageux, et qu'il avait l'avis de toute la famille, l'aïeul lui-même y avait d'abord donné son consentement. Il ne le révoquait que sous le prétexte d'une accusation dirigée contre l'accordé, mais dont il avait été absous.

Au reste, il ne peut plus y avoir aucune difficulté. Le Code Civil dit formellement que l'enfant mineur de vingt-

[ARTICLE 119.]

cinq ans, ne pourra contracter mariage, sans le consentement de son père. Il accorde à celui-ci une magistrature suprême. Il ne lui demande pas compte de ses motifs. L'enfant qui s'adresserait aux tribunaux, ne pourrait point être écouté, sans blesser la loi. Elle n'oblige point le père d'exprimer les causes de l'opposition qu'il forme au mariage de son fils, même majeur (art. 170). A plus forte raison, ne peut-on lui demander compte de celles qu'il a, de se refuser au mariage d'un enfant mineur. L'esprit et la lettre sont ici parfaitement d'accord.

[60.] Suivant le Code civil, la mère survivante peut refuser la tutelle de ses enfans. Lorsqu'elle l'a fait, son consentement est-il nécessaire pour le mariage des enfans ? Il n'y a pas de difficulté à répondre pour l'affirmative. La nomination d'un tuteur, en ce cas, ne peut détruire ni le respect que les enfans doivoient à leur mère, ni l'autorité naturelle qui appartient à celle-ci sur eux. La loi, d'ailleurs, exige indistinctement le consentement de la mère, à défaut du père. Le tuteur doit donc requérir le consentement de la mère sur le mariage proposé. Autrement, il y aurait nullité. La mère qui n'aurait point été consultée, pourrait attaquer le mariage.

* *Décl.* 1639. } [1.] Nous voulons que l'art. 40 de l'Ord. de Blois, touchant les mariages clandestins, soit exactement gardé : et interprétant icelui, ordonnons que la proclamation des bans sera faite par le curé de chacune des parties contractantes, avec le consentement des pères, mères, tuteurs ou curateurs, s'ils sont enfans de familles ou en la puissance d'autrui....

* 3 *D'Aguesseau*, 30e *Plai.* } Dans la cause de Melchior
doyer du 27 Avril 1694. } Fleury, et son fils, la Dame de
Razac et la Demoiselle sa fille.

Sur la nullité des mariages des mineurs, faits sans le consente-

[ARTICLE 119.]

ment de leurs pères, mères, tuteurs, ou curateurs, indépendamment des circonstances de violence ou de Rapt de séduction.

Et sur la nécessité de la publication des bans pour la validité des mariages des mineurs.

L'arrêt que vous prononcerez en cette cause, doit fixer pour toujours les véritables principes qui assurent l'honneur et la dignité des mariages, qui conservent la paix et la tranquillité des familles, et qui sont les premiers fondements de la société civile. Le public attend de vous un exemple qui décide nettement cette question célèbre qui a partagé les sentiments des plus grands hommes, et qui consiste à savoir, si le défaut de consentement du père, indépendamment de toutes les circonstances qui peuvent prouver un rapt de séduction, est capable par lui-même de donner atteinte à la validité du mariage d'un mineur et d'un fils de famille.....

[p. 70.] Dans cette égalité de preuves et de présomptions, c'est à vous, Messieurs, à décider si le nom et la qualité de père, si les droits sacrés que la nature et la loi attachent à cette qualité, seront suffisantes pour rompre un engagement solennel auquel il serait difficile de pouvoir donner atteinte, si vous n'aviez à prononcer que sur les plaintes de ceux qui l'ont contracté.....

[p. 75.] Toutes les lois civiles et canoniques s'élèvent également contre le crime de ceux qui osent enlever un mineur pour le faire entrer dans une alliance que le père condamne, et que l'Ordonnance rend absolument nulle.....

[p. 76.] Si le mariage est nul par la séduction qui lui a servi de principe, il ne l'est pas moins par le défaut de consentement du père, dont la nécessité prononcée par l'Ordonnance, n'est point condamnée par le concile, dans un décret qui ait lieu en France....

[p. 79.] Commençons par examiner la première et la plus importante de ces deux questions, c'est-à-dire, celle qui regarde la validité du mariage.

[ARTICLE 119.]

Quoiqu'on se soit fort étendu sur le récit de certains faits que l'on a crus importants à la décision de cette contestation, il faut néanmoins avouer qu'elle doit être décidée par les principes généraux que nos lois ont établis sur le mariage des enfans de famille, beaucoup plus que par les circonstances particulières dont les deux parties tirent des inductions différentes.

Ainsi, toute la difficulté de cette cause se réduit à examiner si le seul défaut du consentement du père, joint à l'omission de la publication des Bans, est capable de donner atteinte à la validité du mariage d'un mineur, indépendamment de l'accusation et des preuves du Rapt de séduction.

C'est par ces deux moyens qu'on a soutenu la nullité du mariage contre lequel un père de famille implore aujourd'hui votre autorité. On a prétendu que le consentement du fils était illégitime, que son mariage était clandestin, et qu'on avait voulu dérober aux yeux du père et de la Justice un engagement criminel, qui n'avait eu pour principe que la fausseté, l'imposture et le mépris de toutes les lois divines et humaines.....

[p. 80.] Nous ne nous engagerons point dans une longue dissertation touchant l'origine et le progrès de cette jurisprudence également sainte et salutaire qui a introduit la nécessité de la publication des Bans.

Après que le quatrième concile de Latran eut fait une loi générale d'un usage qui doit sa naissance à l'Eglise gallicane, on a douté pendant longtemps si le défaut de cette solennité pouvait être considéré comme un empêchement dirimant, ou seulement comme un empêchement prohibitif.

Le concile de Trente en renouvelant ce Decrèt, n'a pas prononcé expressément la peine de nullité ; mais il est aisé de l'en induire, parceque personne ne doute que ce concile n'ait annulé à l'avenir les mariages clandestins. Or tout mariage contracté sans publication de Bans, est clandestin, suivant le même concile.

[ARTICLE 119.]

Mais il est inutile d'argumenter par induction.

L'Ordonnance de Blois, qui est la loi que l'on doit suivre en France sur cette matière, est précise ; et il est même remarquable que c'est le seul endroit où la loi prononce disertement et en propres termes la peine de nullité.

D'abord cette Ordonnance a été étendue même aux majeurs. Mais enfin on l'a renfermée suivant son esprit, dans la personne des mineurs.

On pourrait finir ici l'examen de cette cause, puisqu'il s'agit du mariage d'un mineur qui n'a point été précédé de la publication des bans. Cependant, comme on a soutenu que le défaut de publication des bans n'était qu'un empêchement relatif, qui tirait toute la force de celui auquel il avait rapport ; examinons si le consentement des pères au mariage de leurs enfants mineurs, est requis à peine de nullité.

S'il était nécessaire d'expliquer ici le progrès du droit sur cette matière, et de remonter jusqu'aux premières lois des Empereurs chrétiens, jusqu'aux plus anciennes dispositions des conciles, il ne serait pas difficile de faire voir par une longue suite d'autorités, que les lois ni les Canons ne confirmaient jamais un mariage contracté au mépris de la puissance paternelle ; que ce qui fait aujourd'hui la matière d'une question, était autrefois si constant, que personne n'osait le révoquer en doute ; que jamais le droit naturel et positif, les lois civiles et canoniques, l'empire et le sacerdoce n'ont été si longtemps ni si parfaitement d'accord, que sur cette matière ; que les familles seraient plus heureuses, les fortunes plus assurées, les mariages plus exempts des sacrilèges qui les déshonorent, si les canonistes des derniers siècles eussent été aussi sévères dans leurs maximes, aussi jaloux de la sainteté des mariages, que les jurisconsultes romains.

On prouverait la vérité de ces principes par le suffrage de toute l'Eglise grecque, qui suivant les traces de St. Bazile a canonisé les lois des empereurs, et consacré, pour ainsi dire, leurs sages dispositions.

[ARTICLE 119.]

On y joindrait l'autorité de l'Eglise de France ; on ferait voir par les canons des conciles du VI^e du VII^e du VIII^e et du IX^e. siècle, par les monuments qui nous reste de l'antiquité, et par tous les exemples fameux qui ont été cités tant de fois dans cette audience, que non seulement l'Eglise condamnait, détestait, défendait les mariages des enfants de famille que le père n'avait point approuvés, qu'elle les déclarait même absolument nuls et illégitimes. Elle se conformait aux loix de l'Etat qui se trouvent encore aujourd'hui dans les Capitulaires de nos rois ; et reconnaissant sans peine que tout ce qui regardait le contrat civil était soumis à la puissance séculière, elle n'avait garde d'honorer du nom de sacrement, une union que les Constitutions du Prince et la loi-même de la nature condamnaient également.

Quelque saintes que fussent ces Constitutions : quoiqu'elle fussent fondées et sur le consentement des deux puissances, et sur la tradition constante de l'Eglise Grecque et Latine : on est obligé de reconnaître qu'elles étaient peu à peu tombées en désuétude, et que dans des temps d'ignorance, de désordre et de confusion, la subtilité de quelques canonistes avait prévalu contre la rigueur et la sévérité de l'ancienne discipline. Les mêmes raisons qui portèrent les Juges d'Eglise à tolérer les mariages clandestins, leur firent considérer la loi qui exigeait le consentement des pères, comme une loi de bienséance qu'on ne pouvait violer sans crime, mais dont l'infraction ne donnait point d'atteinte à la validité du mariage.

C'est pour s'opposer à cet abus, et pour réprimer la licence de ces mariages qui troublaient le repos des familles que les Ordonnance de nos Rois ont établi des précautions également saintes et inviolables, à l'observation desquelles la dignité des mariages, la paix et la tranquillité publique sont inséparablement attachés.

Nous ne chercherons point dans d'autres sources les véritables principes que nous devons suivre dans ces matières ; et

[ARTICLE 119.]

sans nous engager dans une dissertation plus curieuse qu'utile sur tout ce qui a précédé l'Ordonnance de Blois, nous examinerons en peu de mots, s'il est vrai que cette Ordonnance et la Déclaration de 1639 qui l'a suivie, aient considéré le consentement du père comme une condition si essentielle à la validité du mariage d'un fils de famille mineur, que ce seul défaut soit capable de le rendre absolument nul.

Nous pouvons dire d'abord, que si cette question devait être décidée plus par autorité que par raisonnement, elle ne serait susceptible d'aucune difficulté ; il suffirait de parcourir tous les écrits de ceux qui ont expliqué cette matière dans le temps qui a suivi immédiatement la publication de cette loi nouvelle, pour être convaincu qu'ils étaient tous également persuadés que l'Ordonnance prononçait la peine de nullité. Tel était le sentiment de M. Louët, et celui de toutes les Chambres qui furent consultées de son temps sur cette question. Tels ont été les sentiments de tous les grands hommes qui ont soutenu dans la place que nous avons l'honneur d'occuper, la cause et les intérêts du public. Si l'on examine tous leurs plaidoyers, on y trouvera une distinction perpétuelle entre les mariages des mineurs qui avaient précédé l'Ordonnance, et ceux qui l'avaient suivie. La mort seule pouvait donner atteinte aux premiers, au lieu qu'ils ont toujours soutenu que les seconds étaient nuls par la disposition de l'Ordonnance de Blois ; et quand même nous n'aurions que leur autorité pour garand de ce sentiment, nous croirions pouvoir le proposer ici avec certitude, puisque les arrêts que vous avez prononcés conformément à leurs conclusions, ont donné à leurs opinions la force et le caractère de l'autorité publique.

Si nous passons ensuite à l'examen des raisons dont ils se sont servi pour autoriser cette interprétation de l'Ordonnance, nous trouverons qu'ils ont distingué trois dispositions différentes dans l'article 40 de l'Ordonnance de Blois.

[ARTICLE 119.]

La première regarde la nécessité de la proclamation des Bans. La seconde, les conditions qui sont nécessaires pour en obtenir la dispense. Et la troisième, les peines prononcées contre les prêtres qui marient des mineurs sans être assurés du consentement des pères, mères, tuteurs et curateurs.

Ils ont soutenu qu'il n'y avait pas une de ces dispositions qui ne fût une preuve évidente de la nécessité indispensable du consentement des pères, mères, tuteurs ou curateurs.

L'Ordonnance déclare d'abord que personne de quelque état, de quelque qualité et condition qu'il soit ne pourra valablement contracter mariage, sans les proclamations précédentes de Bans.

Personne n'ignore que la publication des Bans n'est pas considérée comme une cérémonie qui soit de l'essence du contrat ou du sacrement ; qu'elle n'a été introduite que comme une précaution nécessaire pour obvier aux abus des mariages clandestins : ce sont les propres termes de l'Ordonnance.

Mais quel est l'abus que l'Ordonnance a eu principalement en vue, l'orsqu'elle a défendu ces mariages ? Que l'on parcoure non seulement cette Ordonnance, mais encore celle de 1639, et toutes celles qui ont été faites sur cette matière, on trouvera partout que les enfans de familles et les mineurs ont été presque l'unique objet de leurs dispositions ; que c'est par rapport à leur intérêt qu'elles ont pros crit toutes ces solennités différentes : et pour prouver ce principe, il suffit d'observer la distinction que vos arrêts ont faite entre les mariages des mineurs, auxquels le défaut de publication de Bans ne donne point d'atteinte, et ceux des mineurs que vous avez assez souvent déclarés nuls par la seule omission de cette formalité essentielle.

Nous devons donc distinguer deux choses dans la loi qui impose la nécessité de la publication des Bans.

La première, est le mal et l'inconvénient que l'on a voulu

[ARTICLE 119.]

prévenir, et qui a été le principal objet du législateur. La seconde, est le remède et la précaution qu'on cru capable d'en arrêter le progrès.

L'inconvénient que la loi a eu en vue, est le mépris de la puissance paternelle, et les suites funestes que pouvait avoir un engagement condamné par le père.

La précaution qu'on a voulu opposer à ce désordre, est la proclamation des Bans.

Pourra-t-on soutenir que la peine de nullité soit prononcée contre l'un, et qu'elle ne le soit pas contre l'autre ? Que la loi venge plus sévèrement l'omission de cette formalité, que le crime même que l'on a voulu prévenir par l'observation de cette formalité ? Et en un mot, peut-on prétendre, sans tomber dans une contradiction manifeste, que ceux qui attaquent l'esprit de la loi, qui violent son intention, qui renversent son principe et son fondement, sont moins coupables que ceux qui n'attaquent que la lettre et l'extérieur de la loi ?

Ajoutons même, que non seulement la juste autorité des pères a été le véritable motif de la loi qui ordonne la publication des Bans, à peine de nullité ; mais qu'il est même impossible de prononcer cette peine établie par la loi, si ce défaut de solennité ne se trouve point avec le défaut de consentement du père.

Sans cela, qui pourrait croire que l'esprit de l'Ordonnance eût été de déclarer un mariage nul par la seule omission de la publication des Bans, lorsque le père aurait approuvé le mariage ?

C'est donc la puissance paternelle qui fait toute la force de ce moyen ; c'est elle qui a inspiré cette précaution au législateur ; c'est par rapport à elle que l'on déclare nuls les mariages qui n'ont point été précédés par la publication des Bans. Toutes les fois que l'intérêt du père a cessé, la rigueur de la loi a cessé en même temps ; et toutes les fois que l'on a déclaré un mariage nul par ce seul défaut, on ne l'a fait

[ARTICLE 119.]

que pour venger l'injure qui avait été faite au nom et à la qualité de père.

Ces deux défauts sont donc inséparablement unis aux termes de l'Ordonnance et de la jurisprudence de vos arrêts. Ils ont tous deux la même force, ils se prêtent un secours mutuel, on ne peut plus les diviser. Il faut alléguer en même temps, et le défaut de publication de bans et celui du consentement du père. Si le père a consenti au mariage, c'est en vain qu'on prétend l'attaquer par l'omission de cette solemnité.

Après cela, c'est inutilement que l'on oppose à cette interprétation, que l'Ordonnance n'a point prononcé disertement la peine de nullité. Elle l'a prononcée contre un défaut qui perd toute sa force lorsqu'il n'est pas proposé avec le défaut de consentement du père, et par conséquent en la prononçant contre l'un elle l'a prononcée contre tous les deux.

Car enfin, il faut nécessairement qu'il y ait des cas dans lesquels on puisse prononcer la peine de nullité qui est imposée par l'Ordonnance; or quel peut-être ce cas, si ce n'est celui dans lequel le défaut de consentement du père concourt avec celui de publication de Bans?

Elle ajoute ensuite, et c'est la seconde partie de sa disposition, que la dispense ne peut être accordée que du consentement des principaux et plus proches parents communs.

Appliquons ici la réflexion d'un des plus grands esprits de ce siècle, (M. de Marca.) Quelle absurdité, que de prétendre que le consentement des parents sera nécessaire pour obtenir la dispense, que sans ce consentement la dispense sera nulle et abusive, et de soutenir en même temps que le consentement des parents ne sera pas nécessaire pour parvenir à un mariage légitime, comme si la validité de la dispense était plus importante à l'Etat et aux familles particulières, que celle du mariage même, et qu'il fallût être plus rigoureux pour l'observation d'une formalité extérieure, que pour ce qui est de l'essence du contrat, c'est-à-dire, la liberté et la perfection du consentement des parties!

[ARTICLE 119.]

Enfin, par la troisième disposition de cet article, l'Ordonnance fait défenses à tous Prêtres de célébrer aucun mariage, s'il ne leur apparait du consentement des pères, mères, tuteurs ou curateurs des contractants, à peine d'être déclarés fauteurs du crime de Rapt, elle considère donc un tel mariage comme un véritable rapt. Par cela seul que le Prêtre a marié un fils de famille sans être assuré du consentement du père, etc., il est déclaré fauteur du crime de rapt. Donc par cela seul que le fils se marie contre la volonté de son père, la loi présume qu'il est suborné, qu'il est ravi et enlevé ou à lui-même s'il n'y a pas consenti effectivement, ou à son père et à sa famille, si la passion lui a arraché un consentement illégitime.

C'est une présomption légale écrite dans l'Ordonnance, et tant qu'elle n'est point détruite par des présomptions contraires, il est impossible de confirmer un mariage que la loi ne regarde que comme une véritable séduction.

L'on oppose à toutes ces maximes, que dans une matière si importante, il n'est pas permis de raisonner par induction, qu'il faut que la loi s'explique clairement sur la nullité d'un mariage, et que les juges ne peuvent déclarer cette peine encourue que lorsque la loi l'a prononcée avant eux.

Sans examiner ici la vérité de ce principe qui pourrait recevoir beaucoup de difficultés s'il était nécessaire de l'approfondir, il est aisé de répondre :

1o. Que ce n'est point ici une interprétation qui se tire par de longues inductions, ni par une multitude d'arguments souvent fort éloignés de l'esprit du législateur ; c'est une interprétation si clairement contenue dans les termes mêmes et dans l'intention de la loi, que sans elle la loi ne peut jamais ni être expliquée, ni avoir aucune exécution.

2o. Ce n'est plus une simple interprétation, c'est un principe confirmé par la jurisprudence uniforme de vos arrêts ; et dans le nombre de causes de cette nature qui ont été portées à votre audience, nous osons dire hardiment qu'il ne se trou-

[ARTICLE 119.]

vera aucun arrêt qui ait confirmé le mariage d'un mineur contracté sans le consentement de son père, lorsque le père s'en est plaint et que sa plainte n'a pu être combattue par de justes fins de non recevoir.

30. Non seulement la raison et la jurisprudence certaine de vos arrêts autorisent cette interprétation, nous ajoutons même qu'elle est si clairement contenue dans la déclaration de 1639, qu'il n'est plus permis aujourd'hui de la révoquer en doute.

Le grand homme (Jérôme Bignon, avocat-général), auquel la France est redevable de cette loi, a exprimé dans cette Ordonnance, ce qu'il avait plusieurs fois soutenu dans le même tribunal où nous proposons encore aujourd'hui cette maxime. La loi ajoute à l'Ordonnance de Blois, que la proclamation des Bans sera faite par le propre curé des parties, avec le consentement des pères et mères, tuteurs et curateurs des contractans.

L'art. 1, de cette Déclaration, ordonne d'abord l'exécution de l'art. 40 de l'Ordonnance de Blois ; il y ajoute de nouvelles dispositions qui étaient obscurément comprises dans l'Ordonnance que cet article interprète ; mais et l'interprétation et l'article même doivent être exécutés à peine de nullité.

Réunissons donc ces deux dispositions ; dans l'une la proclamation des Bans doit être faite à peine de nullité ; dans l'autre la proclamation doit être faite avec le consentement des pères et mères, tuteurs ou curateurs. Donc le consentement des parents est requis pour rendre la proclamation légitime, or le mariage est nul, s'il n'a été précédé par une publication solennelle. Donc, etc.

Pour mettre cette vérité dans un plus grand jour, joignons les deux articles, et n'en composons plus qu'un seul.

Avons ordonnés et ordonnons, etc.

Conséquences naturelles de tous ces principes.

10. La proclamation des Bans a été ordonnée à peine de nullité.

[ARTICLE 119.]

20. La proclamation des Bans a été ordonnée par rapport au consentement des pères.

Donc toutes les fois que ces deux nullités concourent, toutes les fois que l'on est parvenu à la fin condamnée par la loi, par l'omission des formalités que la loi introduit, le mariage doit toujours être déclaré non-valablement contracté.

C'est en vain que pour combattre ces maximes, on emprunte l'autorité du concile de Trente.

Il est inutile de faire ici une longue dissertation sur le Décrêt de ce concile ; il n'a point été reçu dans le Royaume, et d'ailleurs tous ceux qui l'examinent avec attention, savent qu'il n'est point contraire à nos usages.

10. Les termes obscurs dans lesquels il est conçu, donnent tous sujet, de douter, si après avoir décidé dans le préambule que les mariages des enfants de famille faits sans le consentement des parents, n'étaient point nuls jusqu'à ce que l'Église en eût prononcé la nullité, il ne les a point condamnés dans la suite sous le nom de mariages clandestins.

Il paraît 10. Par la lecture de ce Décrêt, que le Concile a voulu établir trois marques, trois arguments de clandestinité.

—Le défaut du consentement des pères.—Le défaut de publication de bans.—Le défaut de présence du propre curé.

20. On peut soutenir avec beaucoup de vraisemblance, suivant l'opinion du grand magistrat dont nous avons déjà cité l'autorité, que le concile a eu en vue de condamner une erreur avancée par les Hérétiques, et non pas de prononcer anathème contre les loix des Empereurs et les canons des conciles.

30. Le concile ne détruit point la présomption qui se tire du défaut de consentement des parents pour prouver le rapt de séduction.

40. Quand même on voudrait donner ce sens aux paroles du concile, suivant le sentiment de plusieurs théologiens,

[ARTICLE 120.]

nos Ordonnances n'auraient rien de contraire à ce qu'il établit, puisqu'elles joignent toujours le défaut de publication à celui du consentement des parents ; et c'est ce que le concile même a ordonné.....

[p. 92] 1o....L'Ordonnance suppose toujours qu'un mineur a été séduit, par cela seul qu'il s'est marié contre la volonté de son père, la moindre circonstance peut rendre cette présomption décisive.

2o. Quoique la séduction soit réciproque, elle n'est pas moins contraire à la liberté du consentement....

Il y a toujours un Rapt présumé de Droit, un dol, une séduction réelle, et dans la chose même ; et quand celle que le mineur épouse, n'aurait contribué au mariage que par le malheur qu'elle aurait eu de lui plaire, la séduction n'en serait pas moins prouvée. Il peut arriver que cette espèce de subornation ait servi de principe au mariage, et cependant que la fille soit innocente.

Voir : Ord. de Blois, art. 40, sous l'art. 58.

* *C. N.*, 148. } Le fils qui n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, la fille qui n'a pas atteint l'âge de vingt et un ans accomplis, ne peuvent contracter mariage, sans le consentement de leurs père et mère : en cas de dissentiment, le consentement du père suffit.

120. Si l'un des deux est mort, ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit.	120. If one of them be dead or unable to express his will, the consent of the other suffices.
---	---

* *Cod. liv. 5, tit. 4, l. 1.* } Si furiosi parentis liberi, in cujus potestate constituti sunt, nuptias possint contrahere, apud veteres agitabatur. Et quidem filiam furiosi marito posse copulari, omnes penè juris anti-

[ARTICLE 121.]

qui conditores admiserunt. Sufficere enim putaverunt, si pater non contradicat. In filio autem familias dubitabatur.

* *C. N.*, 149. } Si l'un des deux (des père et mère) est mort
ou s'il est dans l'impossibilité de manifester
sa volonté, le consentement de l'autre suffit.

* *Pand. Franc.*, p. 178. } [66.] Cet article n'a pas besoin de
commentaire. Il s'ensuit, comme
nous l'avons dit, que, dans nos mœurs, la nécessité du con-
sentement des père et mère étant fondé sur le droit naturel,
celui de la mère n'est pas moins nécessaire que celui du
père. Ce n'est qu'à raison de la supériorité du mari, que sa
volonté l'emporte sur celle de sa femme, en cas de dissenti-
ment. Lors donc que ce dissentiment ne peut point exister,
soit à raison de la mort du père, soit parce qu'il n'a point de
volonté, comme s'il est furieux ou insensé, soit enfin parce-
qu'il est hors d'état de le manifester, le consentement de la
mère seule suffit.

Id... p. 164. } La nécessité de ce consentement n'étant
pas, par nos loix, fondée sur le même prin-
cipe ; mais sur le droit naturel, sur le respect que les enfants
doivent à leurs père et mère, sur la tendresse que ceux-ci ont
pour leurs enfants, sur leur espérance, encore plus que sur
leur autorité, le consentement est requis, de la part de la
mère, comme de la part du père. Si, en cas de dissentiment,
celui du père suffit, c'est que, dans toute société, il faut que
la suprématie appartienne à quelqu'un.

121. L'enfant naturel qui n'a pas atteint l'âge de vingt-un ans révolu, doit, pour se marier, y être autorisé par un tuteur <i>ad hoc</i> qui lui est nommé à cet effet.	121. A natural child who has not reached the age of twenty-one years must be authorized, before contracting marriage, by a tutor <i>ad hoc</i> duly ap- pointed for the purpose.
---	---

[ARTICLE 122.]

* *Cod. loc. cit.* } —Cité sous l'art. précédent.

* *Pothier, Mariage*, 342. } L'obligation en laquelle sont les
 } enfans, soit d'obtenir, soit, lorsqu'ils
 ont passé un certain âge, de requérir au moins le consente-
 ment de leurs père et mère pour leur mariage, est un effet
 du droit de puissance paternelle que les père et mère ont
 sur leurs enfans ; ce droit de puissance paternelle étant un
 des effets civils du mariage,.....les père et mère ne peuvent
 avoir ce droit que sur les enfans qui leur sont nés ou censés
 nés d'un légitime mariage : ils n'ont point ce droit de puissance
 paternelle sur leurs bâtards ; d'où il suit que leurs bâtards
 ne sont pas dans l'obligation ni d'obtenir, ni même de requé-
 rir leur consentement. C'est ce qui a été jugé par un arrêt
 du premier Février 1662, rapporté au second tome du Jour-
 nal des Audiences, liv. 8, ch. 47, par lequel, sur l'appel comme
 d'abus interjeté par une mère du mariage de son fils bâtard,
 qui était un jeune homme âgé de vingt-trois ans, revêtu
 d'une charge de Secrétaire du Roi, qui avait épousé la fille
 d'une vendeuse de chapeaux, sous le petit Châtelet, la Cour
 mit les parties hors de cour.

Lorsque les bâtards sont mineurs ils ont, comme les autres,
 besoin pour se marier, du consentement de leur tuteur ou cu-
 rateur ; et lorsqu'ils n'en ont point on doit leur en créer un.

122. S'il n'y a ni père ni mère, ou s'ils se trou- vent tous deux dans l'im- possibilité de manifester leur volonté, les mineurs, pour contracter mariage, doivent obtenir le consen- tement de leur tuteur, ou	122. If there be neither father nor mother, or if both be unable to express their will, minor children, before contracting mar- riage, must obtain the con- sent of their tutor, or, in cases of emancipation,
--	---

[ARTICLE 122.]

curateur au cas d'éman- cipation, lequel est tenu lui-même pour donner ce consentement, de prendre l'avis du conseil de famille dûment convoqué pour en délibérer.	their curator, who is bound before giving such consent to take the advice of a fa- mily council, duly called to deliberate on the sub- ject.
--	---

* ff. liv. 23, tit. 2 L. } Sciendum est ad officium curatoris non
20, de ritu nupt. } pertinere, nubat pupilla, an non : quia
officium ejus in administratione negotiorum constat. Et ita
Severus et Antoninus rescripserunt, in hæc verba : *ad officium
curatoris administratio pupillæ pertinet : nubere autem pupilla
suo arbitrio potest.*

* Cod. lv. 5, tit. 4, } In copulandis nuptiis, nec curatoris qui
L. 8, de nuptiis. } solam rei familiaris sustinet administratio-
nem, nec cognatorum vel adfinium ulla auctoritas potest in-
tervenire : sed spectanda est ejus voluntas, de cujus conjunc-
tione tractatur.

* 3 Pand. Franc., } [77.] Cet article est à peu près la répéti-
p. 189. } tion de la disposition de l'Ordonnance de
Blois (art. 43). Le mineur, qui n'avait ni père ni mère, ne
pouvait, suivant cette loi, se marier sans le consentement de
son tuteur ou curateur, s'il était émancipé ; mais le tuteur ne
pouvait donner son consentement, qu'après avoir été autori-
sé par l'avis de la famille du mineur, assemblée devant le
juge qui avait déféré la tutelle.

On voit que l'ancien et le nouveau Droit sont semblables, et
que le Code civil n'introduit pas une règle nouvelle....

[p. 190]. Le tuteur doit rapporter, lors du mariage, un extrait
du procès-verbal d'assemblée, contenant l'avis de la famille qui
l'autorise à consentir.

[ARTICLE 122.]

* *Pothier, Mariage,* } [No. 321.]—Tous conviennent que
 Nos. 321, 333, 334, 336. } les enfans ne doivent contracter
 mariage qu'avec le consentement de leurs père et mère, et
 qu'ils pécheraient grièvement s'ils manquaient envers eux à
 ce devoir. Tous conviennent pareillement que les mineurs
 qui n'ont ni père ni mère, ne doivent contracter mariage
 qu'avec le consentement de leurs tuteurs ou curateurs.

La seule question qu'il y ait à cet égard, est de savoir si le mariage d'une personne mineure, ayant dans le fait été contracté sans le consentement de ses père, mère, tuteur ou curateur, est nul par le défaut de ce consentement. C'est ce que nous allons examiner.

Le Concile de Trente frappe d'anathème ceux qui disent que le mariage des enfans de famille, contracté sans le consentement de leurs parens, est nul : *Tam et si dubitandum non est clandestina matrimonia libero consensu contrahentium facta, rata et vera esse matrimonia quamdiu ecclesia ea irrita non fecit, proinde jure damnandi sint, ut eos Sancta Synodus anathemate damnat, qui ea vera et rata esse negant, quique falso affirmant matrimonia à filiis-familias sine consensu parentum contracta irrita esse, et parentes ea rata et irrita facere posse, nihilominus Sancta Dei Ecclesia, ex justissimis causis illa semper detestata est atque prohibuit* (Sess. 24.)

Le concile, comme l'a fort bien observé M. Boileau, en son Traité des Empêchemens de mariage, ch. 9, n. 7, entend seulement condamner le sentiment de quelques Protestants, qui prétendaient que par le droit naturel, les parens avaient par eux-mêmes le pouvoir de valider ou d'annuler les mariages de leurs enfans, contractés sans leur consentement, sans qu'il fut besoin pour cela qu'il y eût une loi positive qui les déclarât nuls. Mais le Concile n'a pas décidé, ni pu décider que dans le cas d'une loi civile qui exigerait dans les mariages des enfans de famille, le consentement de leurs parens, à peine de nullité, leurs mariages, contractés sans le consen

[ARTICLE 122.]

tement de leurs parents, ne laisseraient pas d'être valables. Le pouvoir qu'a la puissance séculière de prescrire pour le contrat de mariage, de même que pour tous les autres contrats, telles loix qu'elle juge à propos, dont l'inobservation rende le contrat nul, est un pouvoir qui lui est essentiellement attaché ; qu'elle tient de Dieu et dont l'Eglise n'a jamais voulu ni pu la dépouiller, suivant que nous l'avons amplement établi en la première partie de ce traité.

No. 333.—Lorsqu'un mineur n'a ni père ni mère, il doit faire intervenir pour son mariage le consentement de son tuteur ou curateur. Le curé ne doit pas le marier, sans que le mineur lui fait apparoir de ce consentement : et lorsque dans le fait il l'a marié, le mariage est présumé de droit entaché du vice de séduction ; et sur l'appel du tuteur ou curateur, il doit être déclaré nul et abusivement contracté.

Ce qui ne doit s'entendre que des curateurs qui ont le mineur sous leur puissance, et non d'un simple curateur aux causes, créé à un mineur émancipé. Un tel curateur n'a pas de qualité pour empêcher le mariage du mineur, comme l'a observé M. Bignon dans son Plaidoyer, dont l'extrait est rapporté par Soëfve, (*Tom. 2, cent. 2, chap. 72.*)

No. 334.—Lorsqu'un mineur a un tuteur honoraire et un tuteur onéraire, c'est le tuteur honoraire qui doit consentir au mariage ; car c'est lui qui a le gouvernement de la personne du mineur : le tuteur onéraire n'est créé que pour l'administration de ses biens.

Observez que lorsqu'un mineur a un tuteur en France, et un autre tuteur dans les Colonies, c'est le tuteur du lieu où le père du mineur avait son domicile lors de son décès, qui doit donner son consentement par écrit au mariage du mineur, sur un avis de parens assemblés devant le juge qui l'a nommé ; (Déclaration du 15 Décembre 1721, art. 5.) Ce juge peut quelquefois, pour de grandes considérations, avant que d'homologuer l'avis des parens par lui reçu, ordonner que le tuteur de l'au-

[ARTICLE 122.]

tre lieu sera entendu par devant le juge qui l'a nommé, ensemble les parens qui sont au dit lieu, sur le mariage proposé, pour, leur avis rapporté, être ordonné ce qu'il appartiendra.

La Déclaration du Roi du premier Février 1743, *ibidem*, art. 12, porte la même chose.

[336.]—Il y a quelques différences entre le consentement que doivent donner les père et mère au mariage de leurs enfans, et celui que doivent donner les tuteurs et curateurs des mineurs qui n'ont ni père ni mère.

1°. Les père et mère n'ont pas besoin, pour donner leur consentement au mariage de leur enfant mineur, de prendre l'avis des autres parens : au contraire, le tuteur ne doit donner son consentement au mariage de son mineur, qu'après avoir pris l'avis des plus proches parens, tant paternels que maternels du mineur, qu'il doit pour cet effet convoquer devant le juge ; (*Ordonnance de Blois*, art. 43.)

2°. Le consentement que les tuteurs ou curateurs refusent de donner au mariage de leurs mineurs, peut être bien plus facilement suppléé que celui des pères et mères. Le juge, sur le refus du tuteur de donner son consentement au mariage, permet au mineur de faire assembler devant lui ses plus proches parens ; et après les avoir entendus, et fait rédiger les avis de chacun des parens convoqués, et les raisons sur lesquelles ils le fondent, il renvoie les parties à l'audience, pour juger si on doit permettre au mineur de passer à la célébration du mariage.

Enfin, et c'est la principale différence entre le consentement des père et mère, et celui des tuteurs, le défaut de consentement des père et mère, par cela seul que les enfans mineurs ont méprisé ce consentement, rend le mariage nul, et le fait présumer entaché du vice de séduction, n'y ayant qu'une grande séduction qui puisse porter un fils à se soustraire à ce qu'il doit à cet égard à ses père et mère. Au con-

[ARTICLE 122.]

traire, le défaut de consentement des tuteurs, ne rend le mariage nul et présumé entaché du vice de séduction, que lorsqu'il paraît de la surprise, et que le mariage est désavantageux au mineur, par une inégalité de condition ou de biens. Cette différence entre les père et mère à cet égard, et les tuteurs, est observée dans l'extrait d'un plaidoyer de M. Talon, au tome 2 du Journal des Audiences, liv. 4, ch. 47.

* *Lahaie*, p. 52, sur } Gillet, rapport au Tribunat, 14
 l'art. 160, C. N. } Mars 1803.— On n'aperçoit ni la
 même puissance, ni la même réunion de motifs pour exiger
 le consentement des collatéraux : leurs affections plus éloignées sont aussi plus incertaines, et il s'y mêle souvent trop de petits intérêts étrangers au bonheur des deux époux. C'est pourquoi là où manquent les ascendants, le concours de la famille n'est exigé pour le mariage que dans les cas seulement où le contractant, soit par sa minorité, soit par l'insuffisance reconnue de ses facultés intellectuelles, laisse présumer que sa volonté est imparfaite. (Portalès, exp. des mot. Corps Lég 10 mars 1803.)

Observations du Tribunat du 10 Aout, 1802.

Quid, si la famille consultée refuse le consentement ? Il n'y aurait dans ce cas aucun recours pour autoriser le mariage, car le tribunal ne peut être saisi que de la connaissance de l'avis de parens, l'adopter ou le refuser ; mais il n'est point autorisé à suppléer au défaut du consentement.

Victor Augier, Encyclopédie de Juges de paix, V, Mariage, § 1.—Les délibérations du conseil de famille ne doivent pas être motivées. Le refus du conseil peut avoir pour cause d'abord une infinité de raisons minutieuses en apparence, mais qui néanmoins peuvent être de quelque importance lorsqu'il s'agit d'une union qui doit durer toute la vie ; et, ensuite, des motifs qui pourraient être injurieux à l'autre partie, et exposer peut-être les membres du conseil à une demande en séparation ou en dommages-intérêts. Obliger donc le

[ARTICLE 122.]

conseil de famille à donner ses motifs, ce serait l'exposer souvent à consentir à un mariage qu'il ne croiroit pas à faire le bonheur de l'individu soumis à son autorité. (Delvincourte

Carré adopte cette opinion, et fait observer que l'appel de la) délibération qui refuse le consentement au mariage ne sera pas rendu illusoire par le défaut de motifs énoncés, car l'appelant fera lui-même connaître au tribunal les motifs de la majorité du Conseil, et lui seul sera responsable des actions en réparation qui pourraient résulter de cette publicité.

* *Ord. de Blois, Henri* } Défendons à tous tuteurs accorder
 III, (1579) *art. 43.*, } ou consentir le mariage de leurs mi-
 neurs, sinon avec l'avis et consentement des plus proches
 parens ceux, sur peine de punition exemplaire.

* *Décln, de 1721, art. 5. I Vol.* } Les mineurs qui voudront
Edits et Ordonnances Royaux. } contracter mariage, soit en
 France soit dans les colonies françaises, ne pourront le faire
 sans l'avis et consentement par écrit du tuteur nommé dans
 le pays où le père avait son domicile, au jour de son décès,
 sans néanmoins qu'il puisse donner le dit consentement que
 sur l'avis des parents qui seront assemblés à cet effet pardevant
 le juge, qui l'aura nommé tuteur, et sauf au dit Juge, avant
 que d'homologuer leur avis, d'ordonner que l'autre tuteur
 qui aura été établi en France, ou dans les colonies, ensem-
 ble les parents et amis que les mineurs auront dans l'un ou
 l'autre pays, seront pareillement entendus, dans le délai com-
 pétent, pardevant le Juge qui aura nommé le dit tuteur,
 pour leur avis rapporté, être statué ainsi qu'il appartiendra,
 sur le mariage proposé pour les dits mineurs, ce que nous ne
 voulons néanmoins être ordonné que pour de grandes consi-
 dérations, dont le Juge sera tenu de faire mention dans la
 sentence qui sera par lui rendue.

[ARTICLE 122.]

* *Décln.* 1743, *art* 12., 1 *Vol.* } Les mineurs qui, n'ayant plus
Edits et Ordonnances Royaux. } de père, voudront contracter ma-
 riage, soit en France, soit dans les colonies françaises, ne
 pourront le faire sans l'avis et le consentement par écrit du
 Tuteur ou Curateur nommé dans le pays où le père avait son
 domicile au jour de son décès, sans néanmoins que le dit tu-
 teur ou curateur puisse donner son consentement que de l'a-
 vis des parents assemblés pardevant le Juge qui l'aura nom-
 mé, et sauf au dit Juge avant que d'homologuer leur avis, à
 ordonner que l'autre tuteur ou curateur, qui aura été établi
 dans le pays, où le père des mineurs n'avait pas son domici-
 le, ensemble les parens ou amis que les mineurs auront dans
 le dit pays, seront pareillement entendus dans le délai com-
 pétent, par devant le Juge qui aura nommé le dit tuteur ou
 curateur, pour, leur avis rapporté, être statué, ainsi qu'il ap-
 partiendra, sur le mariage proposé pour le dit mineur, ce que
 nous ne voulons néanmoins être ordonné que pour de gran-
 des considérations, dont le Juge sera tenu de faire mention
 dans la sentence qui sera par lui rendue.

* *C. N.*, 160. } S'il n'y a ni père ni mère, ni aïeuls ni aïeu-
 } les, ou s'ils se trouvent tous dans l'impossibi-
 lité de manifester leur volonté, les fils ou filles mineurs de
 vingt et un ans ne peuvent contracter mariage sans le con-
 sentement du conseil de famille.

TABLE GÉNÉRALE DES MATIÈRES CONTENUES DANS LE PREMIER VOLUME.

Dédicace.	
Extraits des réponses de MM. les Codificateurs.	
Notes.	
Sommaire des livraisons du premier livre du code.	
Introduction.	
TITRE PRÉLIMINAIRE.—Rapport des Commissaires.— De la promulgation, de la distribution, de l'effet, de l'application, de l'interprétation et de l'exé- tion des lois en général.....	Art. I
Cédula	“ 17
TITRE PREMIER.—Rapport des Commissaires.— Des Personnes. De la jouissance et de la privation des droits civils.	
CHAP. I.—De la jouissance des droits civils.....	“ 18
“ II.—De la privation des droits civils.....	“ 30
SEC. I.—De la mort civile.....	“ 31
“ II.—Des effets de la mort civile.....	“ 35
TITRE DEUXIÈME.—Rapport des Commissaires.—Des actes de l'état civil.	
CHAP. I.—Dispositions générales.....	“ 39
“ II.—Des actes de naissance	“ 54
“ III.—Des actes de mariage	“ 57
“ IV.—Des actes de sépulture	“ 66
“ V.—Des actes de profession religieuse	“ 70
“ VI.—De la rectification des actes et registres de l'état civil.....	“ 75
TITRE TROISIÈME.—Rapport des Commissaires.	
Du Domicile.....	“ 79
TITRE QUATRIÈME.—Rapport des Commissaires.—Des absents.	

Dispositions générales	" 86
CHAP. I.—De la curatelle aux absents.....	" 87
" II.—De la possession provisoire des héritiers de l'absent.....	" 93
" III.—Des effets de l'absence relativement aux droits éventuels qui peuvent compé- ter à l'absent	" 104
" IV.—Des effets de l'absence relativement au mariage.....	" 608
" V.—De la surveillance des enfants mineurs du père qui a disparu.....	" 113
TITRE CINQUIÈME.—Rapport des Commissaires.—Du mariage.	
CHAP. I.—Des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage	" 115

